FRANCE

offert par l'auteur à son enfant affectionné
A.B.

THÉORIE ET PRATIQUE

DES

PARTAGES D'ASCENDANTS

OUVRAGE DU MÊME AUTEUR.

DES DISPOSITIONS PAR CONTRAT DE MARIAGE
ET DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX,

Envisagées des points de vue du droit romain, de l'ancienne jurisprudence de la France et du Code civil. — 3 vol. in-8°. — 22 fr.

POITIERS. — TYPOGRAPHIE DE A. DUPRÉ.

THÉORIE ET PRATIQUE

DES

PARTAGES D'ASCENDANTS

ENVISAGÉS

DES POINTS DE VUE DU DROIT ANCIEN,
DE LA LÉGISLATION ACTUELLE ET DES RÉFORMES PROPOSÉES

PAR

Armand BONNET

Président de chambre à la Cour d'appel de Poitiers,
Membre du Conseil général de la Vienne.

TOME PREMIER.

PARIS
A. DURAND ET PÉDONE-LAURIEL
LIBRAIRES-ÉDITEURS
9, rue Cujas

1874

AVERTISSEMENT.

Les raisons qui me déterminent à livrer cette étude à la publicité ne sont autres que celles qui valurent le jour à mes *Dispositions par contrat de mariage et entre mari et femme.*

De nouvelles recherches sur d'autres parties non moins controversées de notre droit civil ne m'ont rendu que plus évidents les avantages qu'au point où elle est arrivée, la science juridique peut attendre de traités spéciaux, alliant la critique à la synthèse ; où la polémique se peut donner carrière sans dommage pour la didactique.

Dans cet ordre d'idées, le *Partage d'ascendant* ne pouvait échapper à mon attention. Par l'obscurité de ses principes et l'incertitude des conséquences qu'en ont tirées la doctrine et la jurisprudence, plus qu'aucun autre, ce sujet méritait de fixer mon nouveau choix.

En l'abordant, je cède au sentiment qu'a éprouvé un savant critique dont souvent j'invoquerai l'autorité dans le cours de mes explications, mais dont, souvent aussi, j'aurai le regret de ne pas partager les appréciations. Je ne m'y arrête après lui qu'à raison de sa grande utilité pratique et des difficultés

exceptionnelles dont il est hérissé, que « parce qu'il divise à ce point les interprètes, qu'il n'y a pas seulement sur les détails, mais sur les points fondamentaux, presque autant d'avis divers que d'écrivains. »

La matière, d'ailleurs, n'est déjà plus, à l'heure actuelle, du domaine exclusif de l'interprétation. Elle veut être envisagée du point de vue spéculatif, des réformes législatives aujourd'hui soumises à l'Assemblée nationale. Mes explications auront ce double caractère : sans négliger le côté purement juridique, elles contiendront mes appréciations au sujet des innovations proposées.

Puisse la hardiesse de l'entreprise n'être pas taxée de témérité, et ne pas aliéner à son auteur la bienveillance qui a accueilli sa précédente publication.

Où de plus habiles ne sont pas parvenus à mettre le bon accord, il y aurait trop de présomption à se flatter d'un succès complet. Mes visées sont plus modestes. En parcourant, à mon tour, le champ où MM. Genty, Aubry et Rau, Demolombe, Réquier et Bertauld ont si fortement marqué leur empreinte, je n'aspire qu'à l'utilité. J'apporte le tribut de mes méditations à la solution du difficile problème.

THÉORIE ET PRATIQUE

DES

PARTAGES D'ASCENDANTS

In die consummationis dierum vitæ tuæ, et in tempore exitus tui distribue hæreditatem tuam.
(Ecclésiast., ch. XXXIII, v. 24.)

1. — Les partages de successions furent de tout temps l'écueil contre lequel vint échouer le bon accord des familles, qui forme le meilleur ciment des États.

C'est à ce mal inhérent à la fragilité de notre nature et aux tristes passions qui l'agitent, que les rédacteurs de nos Codes se proposèrent de remédier par les dispositions relatives aux partages d'ascendants. Ce fut leur but principal : *ut a fraterno certamine eos præservent.*

Mais, malheureusement, à juger des résultats par le nombre considérable de contestations dont cette délicate matière est restée l'objet, la pratique n'aurait que faiblement répondu à leur attente.

2. — Si la principale cause en doit être attribuée au manque de précision des principes de la matière, à la sobriété des textes trop énigmatiques qui lui ont été consacrés, au vague et à l'incertitude de sa nature mélangée et soumise à des règles d'apparences con-

tradictoires, elle tient aussi, suivant une remarque judicieuse, à l'indécision des antécédents, au défaut de fixité et d'uniformité des traditions historiques.

3. — Force nous sera donc, pour porter la lumière dans ce difficile sujet, où la jurisprudence a tant à faire, où la tâche de l'interprète s'agrandit en raison même des nombreux éléments de controverse que l'instabilité des principes y a accumulés, de chercher à préciser, dans un titre préliminaire, les précédents de la législation, moins encore pour nous en autoriser dans le cours des discussions qui nous attendent, qu'à l'effet de constater les différences capitales qui souvent séparent les anciens principes du droit nouveau.

Nous essaierons de déterminer, dans un titre deuxième, la nature complexe du partage d'ascendant.

Un troisième sera consacré aux conditions de validité du partage d'ascendant, c'est-à-dire aux personnes habiles à procéder à ce partage et à y prendre part, aux biens qu'il peut embrasser et à la forme qu'il doit revêtir.

Il sera traité, dans un quatrième, des effets de ce partage, suivant qu'il revêt la forme de la donation entre vifs ou celle du testament.

Nous nous occuperons, dans le cinquième, des actions en nullité et en rescision auxquelles le partage en question peut donner lieu.

Nous terminerons par la mention de certaine précaution prise par le législateur dans l'intérêt de la stabilité du partage d'ascendant, et par le développement des dispositions particulières que lui a consacrées la loi fiscale.

TITRE PREMIER.

PRÉLIMINAIRES. — HISTORIQUE.

SOMMAIRE :

4. — Source première du partage d'ascendant.
5. — Dans le droit romain primitif, l'attribution des lots procéda du droit commun.
6. — Conséquences.
7. — Incertitude relativement à l'époque où le privilége prit naissance.
8. — Comment il s'introduisit.
9. — Motivé d'abord sur la puissance paternelle, il se transforma sous l'influence des idées spiritualistes.
10. — Caractère indécis de l'institution. — Conséquences contradictoires.
11. — Comment se payaient les dettes.
12. — Conclusion. — Comment les principes s'obscurcirent.
13. — Explication d'une Constitution de Constantin. — Erreur de l'interprétation.
14. — Conclusions.
15. — Nécessité de soumettre le partage d'ascendant à des formes.
16. — La Novelle 18 y pourvut.
17. — La Novelle 107 crée et règle le testament *inter liberos*, fort distinct du partage qui pouvait l'accompagner. — En quoi consista le privilége.
18. — Le testament *inter liberos* contenait institution d'héritiers. — Réfutation de M. Demolombe.
19. — Conclusion en ce qui touche le partage par acte de dernière volonté.
20. — Justinien admit le partage par paction. — Son caractère. — Différence avec le régime du Code civil.
21. — La tradition romaine continuée en pays de droit écrit.
22. — Motifs de l'ordonnance de 1735. — Portée des modifications par elle introduites au partage d'ascendant.
23. — Celui-ci conserve son caractère privilégié.
24. — Le partage par paction d'un usage peu fréquent.
25. — Divergences des Coutumes relativement au partage d'ascendant.

4. — L'idée première du partage d'ascendant, en tant qu'institution spéciale, n'a pu procéder que de la puissance paternelle. Si loin que nous remontions dans l'histoire des institutions juridiques, nous y trouvons la preuve de cette vérité, chez les Grecs d'abord, à Rome ensuite.

L'ancienne Grèce considérait les parents comme des magistrats domestiques, constitués par la nature juges et arbitres entre leurs enfants. La qualification d'archontes qui leur était donnée n'avait pas d'autre signification.

Tertullien allait plus loin : pour lui c'étaient des dieux dans leurs maisons : *Honorandæ sacratæ deorum statutæ, non propter se, sed quia nobis deos significant. — Magis honorandi sunt parentes quasi animata deorum simulacra*, répétait au XVe siècle Marsile Ficin dans ses *Études philosophiques sur Platon (Epitome in Platonis dialogum II de legibus)*.

Anciennement, dit, de son côté, le Talmud, il n'y avait que les pères qui eussent droit de juridiction, leurs jugements étant d'autant plus droits et plus sincères qu'il sont mus par des mouvements secrets de l'âme essentiellement justes et réglés par la nature.

Le partage d'ascendant nous apparaît comme le corollaire obligé de ces principes : *Terrenus pater, dum se in confinio mortis, timens ne post mortem suam, rupta pace, litigent fratres, suam voluntatem conferret in tabulas diu duraturas; et si forte post mortem suam inter fratres contentio nata sit, non itur ad tumulum, sed quœritur testamentum, et qui in tumulo quiescit vivus in tabulis loquitur.* (V. saint Optat de Milève, *De Chismate donatistarum.*)

Nous retrouvons les mêmes idées à la base de la société romaine : *Arbitrium patris summum judicium esto*, portait la loi décemvirale.

5. — Gardons-nous cependant de faire remonter l'idée de l'institution spéciale, privilégiée, objet de cette étude, jusqu'à la loi des Douze-Tables.

Sous l'empire de cette législation primitive, le citoyen romain qui avait une hérédité à transmettre n'était pas dépourvu du moyen de la répartir entre ses héritiers, ainsi qu'il l'entendait. Mais ce moyen, c'est au droit commun qu'il l'empruntait; c'est dans son droit souverain de tester qu'il le puisait. Rien encore, à cette époque primordiale de la législation, qui ressemble aux *partages d'ascendants* des temps modernes. Il nous faudra descendre le cours des âges de la jurisprudence pour en découvrir la source.

Uti legassit paterfamilias super pecunia..., ita jus esto. De cette règle absolue, et de droit commun, découlait incontestablement pour tout propriétaire le moyen d'assigner déterminément, à chacun de ses héritiers *institués*, tel de ses biens ou de portion de ses biens que bon lui semblait, et d'en faire entre eux une distribution ayant force de loi; mais rien, en cela, qui fût particulier à l'ascendant ou qui tînt à la souveraineté de la puissance paternelle. Il n'y avait point à distinguer, en effet, si les héritiers institués dans le testament étaient des héritiers *siens* ou étrangers, s'ils étaient ou non légitimes, et, dans ce dernier cas, s'ils appartenaient à la ligne descendante ou collatérale (1).

Pareille distribution, ne constituant, dans la réalité, qu'un ensemble de legs *per præceptionem* au profit de chacun des héritiers *institués*, trouvant sa part dans le legs qui lui avait été individuellement adressé, n'était point, à proprement parler, *un partage*. On n'y pouvait apercevoir qu'une forme particulière du droit de disposer par testament, s'exécutant au moyen de l'action en partage, dont elle n'offrait qu'une image décolorée.

6. — Il va de soi qu'à ces assignations ainsi faites par le testateur à chacun de ses héritiers, à titre de legs,

(1) Cette vérité ressort avec évidence de la généralité des expressions des lois 35 et 78, ff. *de hæred. instit.*; 33, ff. *de fam. ercisc.*, et 10, Cod., *eod.*— QUIDAM *duos hæredes scripsisse*, porte la première ; QUI *non militabat... instituit*, dit la seconde ; *si* PATERFAMILIAS *singulis hæredibus fundos legando*, porte la troisième, sans plus de distinction; *quotiens inter* OMNES *hæredes* TESTATOR *successionem divisit*, lisons-nous dans la quatrième.

ne pouvait se trouver naturellement attaché l'effet ordinaire et essentiel des partages : la garantie des objets attribués. Cet effet ne pouvait résulter que du désir taxativement exprimé par le testateur que sa distribution tînt lieu de partage : *si divisionis arbitrio fungi voluit* (L. 33, ff. *fam. erc.* — V. aussi L. 77, § 8, *de legat.* 2o).

Inutile de mentionner qu'à cette première époque de la législation, où la volonté du testateur était sans bornes comme sans entraves, celui-ci n'était tenu à aucune égalité dans l'attribution de son patrimoine, qu'il pouvait distribuer dans telles proportions que bon lui semblait.

Ce ne fut que plus tard, quand la Falcidie fut venue au secours de l'héritier, en posant une limite aux charges que pouvait lui imposer le testateur, que celui-ci dut respecter cette limite à peine de réduction (LL. 35, § 1, et 78, ff. *de hæred. instit.*).

Il demeure donc bien établi que, dans les principes primordiaux de la législation romaine, les ascendants, sans en excepter ceux qui avaient leurs descendants sous leur puissance, étaient sans priviléges d'aucune sorte relativement à la distribution de leur patrimoine entre leurs enfants ; qu'ils ne la pouvaient réaliser que par une application ordinaire du droit commun, ni plus ni moins que les autres citoyens, au moyen de legs individuels, lesquels ne pouvaient sortir à effet qu'à la condition absolue d'être renfermés dans un testament pourvu de toutes les solennités requises pour sa validité, en attendant les immunités qui plus tard

furent attachées à la disposition qualifiée, dans le droit, de *testamentum inter liberos*, et n'ayant rien de spécial au partage que pouvaient se proposer les père et mère entre leurs descendants.

Nous nous expliquerons au sujet de ce testament entre enfants. Mais comme il est assurément postérieur au partage *spécial* des ascendants, avec lequel il aurait dû n'être jamais confondu, il convient de nous fixer d'abord sur l'origine et la nature même de ce partage.

7. — L'époque de son introduction serait assez difficilement déterminée. Il ne faudrait pas croire, d'ailleurs, que l'institution s'en soit formée d'un seul jet et tout d'une pièce. C'est par le temps, les *us* et coutumes, le progrès des mœurs et de la jurisprudence, qui en est le reflet dans l'histoire, qu'elle fit son apparition dans le droit. Ce qu'on en sait, sans pouvoir donner rien de plus précis à cet égard, c'est qu'elle était entrée dans la pratique dès le beau siècle de la jurisprudence romaine. Ulpien nous apprend, en effet, qu'elle n'était pas ignorée de Papinien : *Non videri simplicem donationem*, *sed potius supremi judicii divisionem*, PAPINIANUS AIT (L. 20, § 3, ff. *fam. erc.*).

8. — Comment prit-elle naissance? le voici :

Il advint que des pères en possession de la *patria potestas* firent, pour le temps où ils auraient cessé de vivre, avec ou sans écrit (*sine scriptura bona dividit*), mais, dans tous les cas, *en dehors de toute forme testamentaire*, la division de leur patrimoine entre ceux de leurs enfants demeurés sous leur puissance et ap-

pelés par les droits de l'agnation à recueillir leur succession (1).

Destituée de toute vertu juridique, pareille disposition était, en soi, impuissante à transférer la propriété de chaque part à ceux que le *paterfamilias* avait eus en vue.

Il est vrai! mais il n'y en avait pas moins eu manifestation d'une volonté respectable, émanée d'une personnalité tenant sa puissance d'une création du droit civil, venant se heurter à une inflexible prohibition de ce droit, n'ayant d'égard qu'aux dispositions conformes à ses prescriptions et à ses rites.

Toute transaction étant impossible sur ce terrain du droit rigoureux, on imagina, avec l'aide du temps, de tourner la question qu'on désespérait de résoudre. On admit que le juge appelé, après l'ouverture de la succession légitime, à en opérer le partage entre les ayant-droit, se conformerait à la distribution indiquée par le *de cujus;* qu'il serait tenu, par respect pour la volonté exprimée par celui-ci, de revêtir la manifestation qui s'en était faite de la sanction qui lui manquait; qu'il serait tenu d'adjuger à chacun des héritiers le lot qu'il était entré dans les intentions du père de famille de lui attribuer.

C'était de la formule du juge, sans doute, des

(1) A vrai dire, c'était moins une succession que recueillaient les héritiers *siens* qu'un droit préexistant qui se consolidait sur leurs têtes. C'était la libre administration d'une propriété déjà ancienne qu'ils prenaient. Ils continuaient d'occuper, comme le dit éloquemment le jurisconsulte Paul : *In suis hæredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hæreditas : quasi olim jam domini essent* (L. 11, ff. *de lib. et posth.*).

paroles sacramentelles par lui prononcées, de son *adjudicatio*, que la distribution projetée par le chef de famille tirait toute sa force; c'était par la vertu même de cette *adjudicatio* que la propriété des lots formés par le père était transférée aux enfants (LL. 20, § 3; 39, § 1, ff. *fam. erc.;* 16 et 21, C., *eod.*). Mais comme cette *adjudicatio* était obligatoire pour le juge; que son ministère était forcé : *familiæ erciscundæ judicio aditum judicem sequi voluntatem patris oportere juris auctoritate significatur;* qu'il était tenu de suppléer par son autorité à ce qui manquait à une volonté défaillante au regard du droit civil, il y avait là un incontestable privilége, que l'extrême faveur dont jouissait la *patria potestas* put seul expliquer à son origine.

9. — Mais ce privilége, qui ne fut effectivement à son principe, quoi qu'en ait pensé Furgole (*Des Testaments*, ch. VIII, sect. I, n° 152), qu'un éclatant hommage rendu à la puissance paternelle, ne pouvait manquer, avec le temps et l'adoucissement des mœurs, substituant, sous l'influence des idées chrétiennes, aux rigueurs des principes de la famille civile la famille naturelle, de s'étendre aux parents mêmes à qui manquait cette puissance de convention.

Ce fut l'ouvrage de deux Constitutions des empereurs Constantin et Théodose, la première, accordant à la mère le pouvoir de faire un partage entre ses héritiers en dehors de toute forme testamentaire (L. 2, C. Théod., *fam. erc.*); la seconde, généralisant le droit et en étendant l'application à tous les ascen-

dants, sans distinction de sexe (L. 21, § 1, C., *de testam.*).

La conséquence! c'est qu'à partir de ce moment le partage en question cessa d'avoir son fondement dans la puissance paternelle; qu'il ne reposa plus que sur l'affection et l'intérêt que la nature inspire aux ascendants envers ceux qui leur doivent l'existence; que, borné aux seuls ascendants, sans jamais s'étendre aux collatéraux, on n'y put voir qu'un privilége du lien du sang en ligne directe (comp. introd. à mon traité *Des Disp. par cont. de mar.*, p. 65), dont le bénéfice, s'appliquant désormais à tous les descendants, sans distinction de ceux restés sous puissance de parents de ceux que l'émancipation en avait affranchis (L. 2, C. Théod., *fam. erc.*, 21, § 1, C., *de testam.*), ne put comprendre que ceux de ces descendants qui étaient appelés à la succession. Toute mention de personnes étrangères à la descendance eût été considérée comme non avenue : *Si... liberis alia sit extranea mixta persona : certum est voluntatem defuncti, quantum ad illam personam... pro nulla haberi, sed liberis adcrescere* (L. 21, § 1, C., *de testam.;* L. ult., C., *fam. erc.*). Il n'aurait fallu rien moins qu'une institution en forme pour faire acquérir à ces personnes des droits héréditaires.

10. — Qu'était-ce donc, au vrai, que ce partage dans lequel, par le fait, la volonté de l'ascendant était toute-puissante, quand, en droit, elle ne tirait force et vertu que de l'intervention du juge?

Ce n'était incontestablement qu'un acte de dernière

volonté, sans effets actuels, et révocable jusqu'au décès de l'ascendant : *non simplicem donationem, sed potius supremi judicii divisionem.* Il pouvait arriver, sans doute, que l'ascendant distribuât, de son vivant, ses biens entre ses enfants ; mais le partage n'acquérait pas pour cela d'effets immédiats. Il ne pouvait y avoir qu'une attribution de fruits, le père conservant la pleine propriété et la libre disposition des biens par lui partagés. Pour les enfants en puissance, cela est de toute évidence, puisqu'ils ne pouvaient, à l'origine au moins, avoir rien en propre, et que, plus tard, le pécule qui leur advenait du chef de leur père, *ex patris occasione*, faisait retour à celui-ci : *hoc ad eum reverti* (Inst., *per quas person.*, § 1). Mais, le texte ne distinguant pas : *non donationem, sed supremi judicii divisionem*, la solution devait elle-même demeurer absolue.

Ce texte n'avait évidemment en vue que le cas où les lots avaient été délivrés du vivant même de l'ascendant. Autrement il n'aurait pas eu à prémunir contre la confusion du partage avec la donation.

Mais n'étaient-ce que des legs qu'avait eus en vue l'ascendant et auxquels le juge se bornait à donner la consécration légale ? n'était-ce pas plutôt le partage tel, qu'en l'absence de toute manifestation de sa part, il serait sorti de la main du juge, que s'était proposé le chef de famille ? N'était-ce pas, dès lors, en qualité d'héritiers *ab intestat* que les copartagés recueillaient leurs lots ?

La réponse serait embarrassante à ne juger du

principe que par les effets contradictoires qu'en ont tirés les textes et l'interprétation.

Ainsi, l'*égalité*, caractère non pas seulement naturel, mais essentiel des partages, entrait dans le devoir du juge. L'ascendant, lui, s'en pouvait impunément écarter. Son pouvoir à cet égard ne trouvait de limite que dans le droit des enfants à leur légitime (L. 39, § 1, ff. *fam. ercis.;* LL. 16 et 21, C., *eod.*, 6, C., *de inoff. testam.*).

La prétérition même par l'ascendant de l'un de ses enfants ne donnait à celui-ci, suivant l'opinion commune (Furgole, *l. c.*, nº 149), d'autre droit que celui de réclamer sa légitime, sans pouvoir critiquer autrement l'opération. Si cette solution s'éloignait de la règle qui gouvernait les testaments, il faut reconnaître qu'elle ne s'accordait pas davantage avec les principes qui régissaient le partage ordinaire. Le juge, en effet, simple instrument de la loi, n'aurait pu se soustraire au devoir d'y comprendre tous les héritiers appelés par elle. De même, rien ne l'aurait pu dispenser de comprendre l'universalité des biens de l'hérédité dans le partage qui lui en incombait. Nulle obligation pour l'ascendant d'en agir de la sorte : sa distribution pouvait n'embrasser qu'une partie de ses biens (L. 20, § 3, ff. *fam. erc.;* L. 21, C., *eod.*).

Ces premières différences avec le partage ordinaire *ab intestat* auraient semblé en indiquer une dernière, en çe qui touche la garantie des lots entre copartagés. A ne considérer, en effet, la manifestation de volonté de l'ascendant que comme un acte de disposition sus-

ceptible de renfermer des inégalités et, par cela même, des préciputs ; à ne voir dans les descendants que de simples destinataires obligés de s'en tenir à leurs lots respectifs, sauf à réclamer le complément de leur réserve en cas d'excès, on ne saurait prétendre pour eux à la garantie. Tout autre est la conséquence qui s'induit des textes (LL. 20, § 3 ; 39, § 5, ff. *fam. erc.;* 77, § 8, ff. *de legat.* 2°). Il en ressort assez manifestement, en effet, que le partage en question se bornait à un acte de simple distribution destiné à réaliser la vocation légale ; que les copartagés n'étaient à considérer que comme des héritiers entre lesquels il y avait lieu, comme en partage ordinaire, à l'obligation de garantie.

Comment en aurait-il pu être autrement ! L'intention de l'ascendant n'était-elle pas ici aussi décisive que manifeste ? Il n'avait eu en vue que de prévenir l'office du juge, *officium arbitri dividendæ hæreditatis præveniendo* (L. 20, C., *fam. erc.*) : comment, dès lors, son acte, quand le juge l'avait fait sien, en quelque façon, en y apposant le sceau de son autorité, serait-il resté privé de l'un des effets ordinaires de l'acte personnel à celui-ci !

Il n'y a donc pas d'exagération à dire qu'à part les anomalies que nous avons signalées, l'œuvre de l'ascendant s'effaçait sous l'œuvre du magistrat, et qu'il n'y avait, en fin de compte, qu'un partage ordinaire du juge. (Comp. Genty, p. 17 ; M. Lyon-Caen, thèse pour le doctorat, p. 112 ; Bertauld, *Quest. prat.*, 2e série, n° 9.)

11. — Deux observations restent à faire au sujet de ce partage de la succession *ab intestat* par l'ascendant : la première, c'est qu'il s'appliquait aux dettes non moins qu'aux biens, au passif aussi bien qu'à l'actif (L. 20, § 3, ff. *fam. erc.*) ; la seconde, c'est que les inégalités créées par l'ascendant dans les parts affectées à chacun des copartagés ne changeaient rien à la vocation légale et que, nonobstant ces inégalités, ceux-ci restaient héritiers dans les proportions résultant de cette vocation même. D'où il suivait qu'en l'absence de dispositions contraires de l'ascendant à cet égard, ils étaient tenus, chacun, non point dans la mesure de son émolument, mais bien dans celle déterminée par la vocation de la loi, c'est-à-dire *pro portionibus hæreditariis* (L. 20, § 1, ff. *fam. erc.*, et arg. de L. 35, § 1, ff. *de hæred. instit.*).

Rien, dans tous les cas, n'aurait pu s'opposer à ce que les créanciers successoraux recherchassent chaque héritier dans la proportion indiquée par sa vocation héréditaire.

12. — Tel nous apparaît au moment de la compilation justinéenne le partage d'ascendant avec son caractère indécis ; n'offrant, en la forme, qu'un acte de distribution ; oscillant, quant à sa substance, entre les règles de la succession légitime et celles des dispositions à titre gratuit ; laissant subsister la vocation héréditaire, tout en n'excluant, pas plus que le testament, de véritables préciputs sous forme de simples inégalités. Institution dont les principes, déjà trop incertains, s'obscurcirent encore dans la suite par la

confusion qui s'en fit avec un autre acte, n'ayant de commun avec elle que la faveur dont il fut également entouré, *le testament entre enfants*, que plusieurs (Grenier, *Disc. historique;* Demolombe, XXII, 69; Féréol-Rivière, *Rev. de lég.*, 1847, t. III, p. 408) font remonter à une Constitution de Constantin de 321, reproduite au Code théodosien (L. 1, *fam. ercisc.*), où l'idée a pu s'en puiser plus tard, mais, jusque-là, sans autre analogie avec lui que les résultats qui s'y trouvaient attachés. (Comp. Coin-Delisle, *Donat. et Testam.*, introd., n° 11, et Genty, p. 10.)

Voici l'explication de cette Constitution, et ce qu'elle s'était proposé.

13. — A Rome, le testament était soumis à des formes sacramentelles, irritantes. Il suivait de là que celui à qui il manquait une seule des conditions requises tombait tout entier, et entraînait dans sa ruine toutes les dispositions qui s'y trouvaient renfermées, qu'elles s'appelassent legs, fidéicommis, *partage*, ou d'un autre nom. Cette loi *générale ne comportait point d'exception en faveur du père qui avait entendu disposer au profit de ses propres enfants.*

C'est, croyons-nous, à la création de cette exception que se borna Constantin par la Constitution dont il est ici parlé. Elle décide que si le testament du père est nul, en tant que testament, il pourra valoir, en tant que manifestation de la volonté de celui-ci, et comme s'il s'était agi d'un acte d'une autre nature et tirant sa force de la seule volonté de son auteur : *Licet enim, sub testamenti vocabulo, cœptæ cum perfectæ non*

sint, neque appellari aliter ullo modo possint evanuisse videntur; tamen DISPOSITIONES ULTIMÆ COLORATAM JURIS IMAGINEM REFERENTES, *justius in se legum procliviorem favorem debent provocare. Quamobrem, cum filiis ac nepotibus, jure civili, vel auxilio prætoris ut* SUIS *hæredibus, defuncti successio deferatur, etiamsi cœptum neque impletum testamentum esse memoretur.*

La lecture de ce texte ne laisse aucun doute. On y voit d'abord que l'immunité n'avait rien qui fût particulier au partage de succession; qu'elle s'appliquait indifféremment à toutes les dispositions que pouvait contenir le testament du père de famille : *tamen dispositiones ultimæ.* On y voit ensuite qu'elle se borne à prévenir la ruine complète de ces dispositions en déclarant ce testament resté imparfait : *cœptum neque impletum*, susceptible d'exécution lors du partage de la succession *ab intestat*, en tant que simple disposition de dernière volonté, *ut suis hæredibus successio deferatur.*

Resterait-il un doute au sujet du caractère de la succession déférée? qu'on écoute Justinien dans sa paraphrase de la Constitution en question : LICET AB INTESTATO *ad successionem liberi vocentur* (L. ult., C., *fam. erc.*).

C'est donc bien d'une succession légitime, *ab intestat*, qu'il s'agit. Rien en cela qui implique l'idée de la création d'un testament, du testament *inter liberos* que nous montrera bientôt une Novelle de Justinien.

Il ne s'agit que d'une simple immunité de forme;

d'accepter, pour ce qu'elle est dans sa réalité, une disposition dépourvue des solennités, sans lesquelles elle ne saurait trouver grâce devant le droit civil. Rien qui ne ressemble à ce que nous avons déjà vu pour le partage d'ascendant *ab intestat.*

Il importe de noter qu'à Rome, en effet, le privilége dont fut entouré le partage, objet de notre étude, ne consista jamais qu'en une simple dispense des formes du droit commun, sans aucun égard pour le fond.

14. — Concluons que la faveur dont jouissait le partage d'ascendant à l'époque où se firent les compilations de Justinien se bornait aux deux points suivants :

Si la distribution s'était produite en dehors de toute forme testamentaire, la manifestation de volonté de son auteur, de quelque façon qu'elle se fût révélée, *quibuscumque verbis vel indiciis*, s'imposait au respect du juge des partages, tenu de lui donner la sanction que lui refusait le droit civil. Avait-elle, au contraire, cherché à revêtir la forme d'un testament demeuré imparfait, elle valait par elle-même et sans le secours du juge. Rien que de très-rationnel : ce qui se pouvait faire sans testament devait pouvoir résulter d'un testament irrégulier. Les effets du vice dont ce testament s'était trouvé entaché ne subsistaient qu'au regard des étrangers : *Certum est voluntatem ad illam duntaxat personam permixtam pro nulla haberi* (L. ult., C., *fam. erc.*).

Le but de Constantin avait été d'obliger les enfants au respect de la mémoire de leur père en se confor-

mant à sa volonté, et de leur éviter des procès : *ut e memoria defuncti non violetur, et occasiones litium dirimantur.*

15. — Justinien nous apprend, par le préambule du chapitre VII de sa Novelle 18, que, de ces facilités accordées à la puissance paternelle d'abord, aux affections de la famille ensuite, dans un but de paix et de concorde aisé à comprendre, étaient nés de nouveaux sujets de contestation ; que, loin de prévenir les dissentiments entre proches, cet état de choses les multipliait, au contraire : *ad majores adhuc et sæviores contentiones.*

A quelles contestations, en effet, ne devait pas donner lieu le laconisme ou le vague d'une manifestation de volonté affranchie de toutes règles? L'ascendant avait-il entendu user de son droit de distribution entre ses descendants? quelle avait été la portée des dispositions auxquelles il s'était livré ? dans quelle mesure s'adressaient-elles à chacun des appelés? Autant de difficultés dont la solution pouvait être inutilement poursuivie.

C'est à ce nouveau mal que se proposa de remédier le droit des Novelles. Justinien exigea, sans se départir des règles d'une grande simplicité, qu'il ne fût tenu compte de la volonté des parents qu'autant qu'elle se serait manifestée clairement : *nos omnia clara et aperta consistere volentes.* Ce fut l'œuvre de ses Novelles 18, *cap.* 7, et 107, *cap.* 3.

16. — Par la première, l'empereur veut que l'ascendant qui se propose le partage de tout ou *partie* de

ses biens entre ses descendants s'assujettisse autant que possible, *si possibile est,* à la forme du droit commun, c'est-à-dire à celle du testament ordinaire qui lui semble la plus convenable et la plus sûre. En cas d'empêchement, *si autem hoc non agat, propter aliquas necessitates*, il l'oblige à consigner, tout au moins, ou à faire consigner par écrit l'indication précise des choses qu'il entend partager, à signer personnellement cet état, *ou* à le faire signer par tous les copartagés, sans qu'il soit besoin d'aucune autre formalité que celle-ci (*aliqua cautela non indigens*), dont l'observation est requise à peine de nullité.

17. — La Novelle 107, *cap.* 1, est plus particulièrement consacrée au testament *inter liberos*, et c'est dans ce texte que, quant à nous, nous plaçons son berceau.

L'empereur s'y occupe cependant aussi du partage que ce testament privilégié ne repoussait pas plus que toute autre clause. Il les réunit, mais il ne les confond pas ; il les distingue soigneusement au contraire. Il semblerait même qu'en opposant l'expression *disposition* à celle de *partage*, le mot *disponere* à ceux de *partes facere* par lui employés, le texte se soit proposé de prévenir toute confusion entre choses de nature si différente, quoique susceptibles d'être renfermées dans le même acte.

Attributif de droits, le testament se proposait la création d'héritiers pris dans la descendance du testateur. Le partage, au contraire, simple acte de distribution entre ces héritiers, n'avait d'autre objet que

de faire parvenir à chacun d'eux la part de succession *qu'avait commencé par lui déférer le testament.*

De la possibilité pour le testament privilégié dont il est ici parlé de contenir un partage aussi bien que toute autre disposition quelconque, la Novelle ne conclut pas à la nécessité de cette union. L'existence du premier n'impliquait en aucune façon celle du second.

Procédant, l'un aussi bien que l'autre, de la faveur attachée à l'affection des parents, leur source était commune, sans doute, mais leur œuvre était distincte : si le testament créait le droit, le partage se bornait à le réaliser. Pour tout dire d'un mot, la Novelle 107 fonda législativement le testament *inter liberos*, et se borna à régler la forme du partage d'ascendant.

Mais en quoi consista donc au juste le privilége du testament entre enfants? Pure question de formes, répéterons-nous ici. Celles auxquelles ce testament demeura assujetti ne différaient guère, sous le rapport de leur simplicité, de celles auxquelles se trouvait soumis le partage *ab intestat*. On se borna à exiger que la *date* du testament (*tempus*), les noms des enfants institués, la quotité pour laquelle l'hérédité leur devait profiter fussent écrits de la main même du testateur, *propria manu* (1) ; que de plus la mention de la proportion pour laquelle ils étaient appelés à la succession fût écrite en toutes lettres, et non pas seulement en chiffres, pour ne laisser planer aucune incertitude au

(1) D'où résultait pour l'ascendant illettré l'impossibilité d'user du testament privilégié dont il est ici parlé. Le texte s'en explique ouvertement, d'ailleurs : *si quis litteras sciens.*

sujet de la disposition : *uncias, in quibus scripsit eos hæredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas, ut undique claræ et indubitatæ consistant.*

Quant au partage dont ce testament pouvait être suivi, l'empereur, sans innover à sa Novelle 18 en ce qui touche celui fait en dehors du testament, exigea, comme pour le téstament lui-même, que le détail en fût écrit de la main de son auteur, pour prévenir toute difficulté : *harum inscribat significationes ; ut ejus litteris omnia declarata nullam ulterius contentionem filiis derelinquant.*

18. — A part cette simplification des formes, rien de changé quant au fond : *institution d'héritier*, comme dans le testament du droit commun, c'est-à-dire faculté de modifier la vocation héréditaire des enfants.

Le sentiment de M. Demolombe semble résister à cette doctrine. Le savant auteur y contredit même formellement en nous disant que « ce qui caractérise le testament *inter liberos*, c'est qu'il est valable *sans institution d'héritier* (XXII, n° 669). Nous en demandons pardon au savant maître : nous ne croyons pas qu'on puisse aller jusque-là. Que l'*institution d'héritier* fût dispensée des formes ordinaires du droit commun ; qu'on la fît résulter de la seule indication par le testateur, et signée de lui, des héritiers qu'il entendait se choisir dans sa descendance, rien de mieux ! c'est notre thèse ; mais que ce testateur fût dispensé d'une manière absolue de toute désignation d'héritier ; qu'il fût tenu, comme pour le partage *ab intestat*, de

respecter la vocation héréditaire, c'est ce que nous ne saurions admettre, et ce à quoi nous paraissent résister les textes précédemment cités : *primum quidem ejus subscriptione declaret... filiorum nomina propria manu; ad hoc* UNCIAS *in quibus* SCRIPSIT EOS HÆREDES.

Hæredem scribere! ne sont-ce pas là les expressions usitées dans le langage des lois pour désigner l'*institution d'héritier?* UNCIAS *declarare!* n'est-ce pas nous indiquer que la vocation héréditaire est susceptible de modification?

Nous le demandons d'ailleurs : s'il est interdit au testateur dont il est ici parlé de *disposer,* c'est-à-dire de faire un choix entre ses descendants, de constater ses préférences par une modification de la vocation légale; s'il est tenu de respecter cette vocation, que restera-t-il pour mériter à l'acte le nom de testament? il restera, si l'on veut, comme dans le cas prévu par la Constitution de Constantin que nous avons précédemment analysée, il restera la manifestation d'une volonté dont les effets n'auront d'application qu'au partage de l'hérédité *légitime.* Mais alors qu'on ne parle plus de *testament* et de succession *testamentaire.* Et pourtant! c'est bien d'un testament qu'il s'agit ici, d'un testament *privilégié*, mais privilégié, répétons-le, en ce sens seulement qu'il est appelé à produire les effets *ordinaires* des testaments, en l'absence des formes communes.

Ce n'est que par une conséquence de la perpétuelle confusion entre le testament *inter liberos,* se suffisant à lui-même, et le partage qui peut en être la suite,

sans avoir rien de nécessaire avec lui, et se bornant à la simple distribution de la part de chaque héritier, déterminée, non plus par la loi générale des successions, comme pour le partage *ab intestat*, mais bien par le testament lui-même, qu'on peut être logiquement amené à conclure que le testament privilégié dont il est ici question est valable ***sans institution d'héritier***. Il est bien plus exact de dire, avec Merlin (*Rép.*, v° *Partage d'ascendant*), que « ce qui distinguait éminemment l'acte de partage du testament, c'est que dans le premier il ne fallait pas d'institution d'héritier, *comme dans le second* (1). »

19. — Nous pouvons donc conclure en terminant la série de ces observations, en ce qui touche le droit romain, que si, avant Justinien, les immunités de l'ascendant se bornaient, dans ses rapports avec ses descendants, au partage de sa succession *ab intestat*, sans rien changer à la vocation héréditaire de ceux-ci, il puisa dans le droit des Novelles l'usage d'un privilége plus étendu : celui de disposer en faveur de quelques-uns de ses enfants, c'est-à-dire de modifier dans une forme plus sommaire que celle attachée aux testaments ordinaires la vocation légale en ce qui les concernait ; — qu'à dater de ce nouveau droit, tout

(1) V. aussi Furgole, *Testam.*, ch. VIII, sect. I, n° 143, qui reprend Lebrun d'avoir confondu les testaments *inter liberos*, dont parle la Novelle 107, ch. I, avec les actes de partage dont cette Novelle parle dans son ch. III, en supposant que le père qui fait le partage doit *instituer* ses enfants et exprimer les *onces* auxquelles il fait ses héritiers. Cela, ajoute-t-il, *n'est requis que dans les testaments* INTER LIBEROS. — V. aussi M. Perier, *Rev. de législ.*, 1863, t. XXII ; Troplong, n° 2294 ; M. Lyon-Caen, p. 117 ; Bertauld, n° 11.

ascendant eut le pouvoir de rendre testamentaire, ou de laisser légitime, l'hérédité dont il se proposait d'opérer la division entre ses descendants, la faculté de partager ses biens entre eux, soit dans la forme simplifiée des testaments *inter liberos*, soit *ab intestat;* — que si, dans ce dernier cas, la succession restait ce que la loi l'avait faite, elle était déterminée, dans le second, par le testament lui-même; — que, dans toutes hypothèses, le partage avait un caractère purement *distributif* et nullement *attributif*.

Inutile d'ajouter que, si les deux modes de partage dont il est ici parlé demeurèrent le privilége des ascendants, depuis comme avant Justinien, le partage dans la forme du testament ordinaire fut permis à tous : on n'y pouvait voir que l'expression du droit commun.

20. — Jusqu'à présent, il n'a encore été question que du partage dont les effets étaient renvoyés à la mort de l'ascendant. Mais Justinien, après avoir, par sa Constitution 30 au Code *de pactis*, lancé l'anathème, à la suite des grands moralistes des siècles précédents, contre les pactes sur succession future, où il n'avait aperçu qu'un appât à la cupidité, *pactiones plenæ tristissimi et periculosissimi eventus*, où Martial, avant lui, n'avait vu qu'un arrêt de mort contre le disposant, *mortem diligit ille tuam* (XI, 44), Justinien, disons-nous, se relâchant tout à coup de ses rigueurs, avait, par cette même loi 30, introduit une exception à ses prohibitions en autorisant le pacte sur la succession d'une personne quelconque, à la double

condition que celle-ci donnerait son consentement et qu'elle y persisterait jusqu'à sa mort : *nisi si forte de cujus hæreditate pactum est voluntatem suam vis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitæ spatium perseveraverit.*

Il suit de là que, dans le dernier état de la législation romaine, l'opération de famille qui nous occupe pouvait, comme aujourd'hui, revêtir indifféremment le caractère d'acte *entre vifs* ou d'acte *de dernière volonté;* mais, qu'à la différence de ce qui se pratique sous nos Codes, la disposition n'avait, dans l'une aussi bien que dans l'autre hypothèse, rien d'actuel et d'*irrévocable.* S'il est évident, en effet, que le partage par acte de dernière volonté, *supremi judicii divisio*, ne produisait d'effet qu'à la mort et restait essentiellement révocable jusque-là : *divisionem durare, si modo usque ad extremum ejus vivendi spatium voluntas eadem perseverasse doceatur* (L. 2, C. Théod., *fam. ercisc.*), il n'est pas moins manifeste que si celui qui se faisait par paction était inattaquable tant qu'il ne blessait pas la légitime de l'un des enfants, il n'opérait que comme acte de pure distribution, applicable à l'ouverture de la succession, sans dépouillement actuel de son auteur.

21.— Continuateurs de la tradition du droit romain, nos pays de droit écrit en adoptèrent naturellement les principes en ce qui touche le partage d'ascendant.

Ce partage forma le droit commun de ces contrées, où il se pratiqua, conformément au dernier état que

nous venons de retracer de ce droit, jusqu'à l'ordonnance de 1735 touchant *les testaments*.

22. — Cette ordonnance se proposa de mettre un terme aux nombreuses difficultés nées de l'interprétation des Novelles et de l'éternelle confusion entre le partage d'ascendant et le testament *inter liberos* (1), en déterminant la forme de ce partage d'une façon plus claire que ne l'avaient fait les Novelles 18 et 107. Ce fut l'objet de son art. 17. Cet article voulut, par relation aux art. 15 et 16, que le partage en question ne pût être valable, quand les effets en devraient être reculés jusqu'au décès de son auteur, qu'à la condition de revêtir, *comme le testament entre enfants*, la forme d'un acte public reçu par deux notaires ou par un notaire et deux témoins, ou celle d'un acte privé entièrement écrit, daté et signé de la main de l'ascendant.

Ces formes, d'une application générale, ne dispensaient pas de l'observation de celles prescrites par les lois, coutumes ou statuts particuliers aux contrées où le partage d'ascendant était reçu.

Deux observations sont à faire au sujet de l'art. 17 de l'ordonnance.

Nous empruntons la première à Furgole : « Il faut prendre garde, dit cet auteur, que cet article n'introduit pas ce genre de disposition — le partage d'ascen-

(1) Où trouver, dit amèrement Furgole, une règle certaine pour se fixer dans une matière dont on a, pour ainsi dire, enseveli les règles dans le chaos des opinions des interprètes? (*Testam.*, ch. II, sect. I, n° 85.) La controverse portait sur le point de savoir si le partage d'ascendant pouvait être fait par un simple acte, ou s'il ne devait pas au moins satisfaire aux conditions du testament *inter liberos*.

dant — dans les lieux où il n'est pas en usage : il ne fait que le confirmer dans ceux où il est pratiqué » (ch. VIII, sect. I, n° 147). La remarque est pleine de justesse.

Il résulte effectivement de l'article en question sainement interprété et du préambule même de l'ordonnance, qu'il n'entend rien créer ; qu'il se borne à régler la forme du partage d'ascendant pour les lieux où il est dès à présent en usage, sans entendre en aucune manière reculer les bornes de son domaine. Il veut, par application de la maxime *locus regit actum*, qu'en outre des formes générales dont il prescrit de l'envelopper, on continue à se conformer à celles spécialement consacrées par les statuts des lieux où il pourra être dressé, sans l'imposer pour cela à ceux où il n'a pas encore acquis droit de cité. La diversité de législation continua donc à subsister.

Voici la deuxième observation : Jusqu'à l'ordonnance, le partage par acte de dernière volonté avait constitué un acte distinct du testament *inter liberos*, tant par la forme que par le fond. Depuis cette ordonnance, le partage se confondant par sa forme avec le testament entre enfants, il ne forma plus un mode spécial de disposition de dernière volonté que sous le rapport de ses effets.

23. — Ces formes générales du partage, déjà moins sommaires, et suffisantes désormais, grâce à la simplification de notre procédure nationale, pour imprimer à l'acte son existence légale, sans qu'il fût besoin de recourir à l'intervention du juge, n'avaient rien

perdu du caractère exceptionnel et privilégié que leur avait reconnu le droit antérieur.

C'est à une première conséquence de cette observation que répondait l'art. 18 de l'ordonnance reproduisant cette disposition des lois romaines, réputant sans effet, *pro nulla haberi*, toute attribution du partage à l'adresse de personnes étrangères à la descendance. C'est par suite des mêmes considérations que l'ordonnance avait été également amenée à excepter, par son art. 77, le testament portant partage par le père et la mère entre leurs enfants de la prohibition des testaments mutuels ou conjonctifs.

24.— Le partage par paction, particulier à nos pays de droit écrit, où la tradition du droit romain s'était mieux conservée, n'y fut cependant pas d'une pratique aussi générale que le partage par acte de dernière volonté.

25. — Il est déjà résulté pour nous de la lecture de l'art. 17 de l'ordonnance de 1735, que l'adoption de ce dernier n'avait pas été uniforme dans nos provinces coutumières. Quelques-unes l'avaient admis comme moyen de prévenir les contestations dont les partages de successions ne sont que trop souvent l'occasion, et en avaient des textes formels (1); d'autres, au contraire, étaient restées muettes. Mais disons bien vite

(1) V. Poitou, art. 219; Bourbonnais, art. 216; Bourgogne, tit. VII, art. 6 et suiv.; Bretagne, art. 560; Nivernais, ch. XXXIV, art. 17; Artois, art. 85; Douai (gouvernance), ch. II, art. 39; Amiens, art. 49; Péronne et Montdidier, art. 107; Lorraine, tit. *Des Testam.*, art. 4; Acs, tit. III, art. 2; Tournay, tit. XIV, art. 23; Cambray, tit. XIV, art. 4.

que la pratique était venue suppléer à ce silence, et que l'usage du partage en question avait fini par devenir à peu près universel (1).

Aussi n'était-ce pas sur ce point que portaient les plus grandes divergences : elles tenaient principalement à la manière dont l'institution était appliquée. Nos Coutumes étaient loin de s'accorder sur l'étendue des applications du droit. Quelques-unes ne le concédaient qu'au père et à la mère (Poitou, Bourbonnais, Bretagne). D'autres — c'étaient les plus nombreuses — l'étendaient à tous les ascendants sans distinction de sexe ; certaines, plus libérales, allaient jusqu'à rendre cette faculté commune aux collatéraux eux-mêmes (Nivernais, Artois, Amiens, Péronne et Montdidier) ; quelques autres la bornaient aux personnes d'extraction nobiliaire (Bourgogne, *l. c.*).

Mais ici encore l'interprétation, mue par les motifs dont nous avons déjà fait état, était venue au secours des textes pour en étendre l'application : les expressions *père et mère* employées par certaines Coutumes étaient prises dans leur sens générique et appliquées à toute la ligne ascendante (d'Argentré et Hévin sur Bretagne).

Ces considérations finirent aussi — le déclin de la féodalité aidant — par effacer la restriction d'abord faite par quelques Coutumes en faveur des personnes

(1) V. arrêts des 14 août 1603 et 1er septembre 1607, réndus dans la Coutume de Berry, rapportés par Chenu, cent. 1, quest. 20 ; — V. aussi Brodeau, sur Louet, lett. P, ch. XXIV, et arrêt du 2 janvier 1623, rendu sur Amiens (*Journal des aud.*, t. I, liv. I, ch. I).

nobles, et par étendre l'application de la règle à toutes les familles, sans distinction d'origine.

« Dans les Coutumes qui n'en ont point de dispositions formelles, dit Lebrun (*Succ.*, liv. IV, ch. I, n° 11), le partage fait par quelqu'un entre ses héritiers collatéraux n'a aucun privilége. » C'était énoncer clairement que la faveur particulièrement exceptionnelle dont les collatéraux avaient été l'objet de la part de certains statuts locaux n'avait jamais reçu d'extension. Chacun n'en restait pas moins libre de partager entre ses héritiers présomptifs ou autres personnes de son choix les biens dont il avait la disposition, à la charge de se conformer, tant pour le fond que pour la forme, aux règles du testament du droit commun. Interdiction conséquemment d'y comprendre *les propres* formant la réserve coutumière.

De cette restriction, Brodeau donne cette raison que, « le droit de faire partage par les père et mère, de leur vivant, entre leurs enfants étant la suite et l'effet de la sincérité de jugement de ceux-ci, on ne doit étendre ce pouvoir aux collatéraux si la Coutume ne le permet pas expressément. » (Sur Louet, lett. P, ch. XXIV, n° 7.)

26.— A en croire le même auteur (*l. c.*), le partage d'ascendant n'aurait été assujetti à aucune forme particulière. Suivant lui, « ce partage, prévenant l'office des arbitres et des experts, était favorablement reçu par la loi et dispensé des formes, règles et maximes ordinaires, pourvu que la volonté fût certaine. »

Il est évident qu'en nous reportant ainsi au droit

romain dont il cite les textes, Brodeau prend les choses au point initial du droit coutumier. Tout au plus l'application des principes par lui rappelés aurait-elle pu se continuer dans les Coutumes — fort nombreuses d'ailleurs — qui étaient demeurées muettes en ce qui touche le point en question, jusqu'à l'époque où parut l'art. 17 de l'ordonnance de 1735; mais il en avait été autrement. Les Coutumes de Bourgogne et de Bourbonnais, qui seules avaient réglé la forme du partage, formaient le droit commun. Ces Coutumes exigeaient que ce partage fût fait, soit en justice, soit par acte public devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins, soit par acte privé écrit, daté et signé de l'ascendant. L'ordonnance s'était bornée à reproduire ces dispositions.

27. — La Coutume de Bourgogne exigeait de plus, pour le cas où le partage aurait lieu sous seing privé, que l'acte en fût présenté par l'ascendant à un notaire en présence de deux témoins, et qu'il fût dressé acte de cette présentation. La précaution fut étendue à la Coutume du Bourbonnais, à qui s'appliquait également le motif particulier qui l'avait rendue nécessaire.

Voici ce motif : les deux Coutumes en question exigeaient qu'il s'écoulât un certain intervalle de temps entre la confection du partage et la mort de son auteur — vingt jours en Bourgogne, quarante jours en Bourbonnais — dans la crainte que l'affaiblissement d'esprit qui accompagne ordinairement les approches de la mort ne se prêtât à la suggestion ou à de simples erreurs d'appréciation : *non solum metu suggestio-*

num, sed ne dividens, nimium vicinus mortis, facile erret in œquali distributione (Dumoulin, sur les Coutumes en question). Il y avait donc eu nécessité d'assurer la date du partage. Sa reconnaissance devant notaire ne se proposa pas autre chose.

28. — Cette condition de survie avait été d'ailleurs l'occasion de nombreuses simulations qui avaient mis obstacle à son adoption par les autres Coutumes. Il arrivait effectivement que des ascendants, pressés par les premières atteintes de la mort, cherchaient un déguisement au partage de leur succession dans les apparences d'un autre acte, dont la nullité était ensuite poursuivie par des enfants croyant avoir à se plaindre du sort que leur avait fait cet acte (Taisand sur Bourgogne).

Il paraîtrait cependant, qu'une différence aurait fini par s'établir au sujet de la condition de survie dont il vient d'être parlé, entre le cas où les père et mère avaient conservé l'égalité entre leurs enfants, et celui où cette égalité avait été troublée. Dans le dernier, elle s'observait dans toute sa rigueur; on s'en relâchait, au contraire, assez volontiers dans le premier, par la raison que l'ordre naturel des successions avait été suivi, *ultimam voluntatem intestati*.

Deux commentateurs de la Coutume de Bourgogne, Despringles et Taisand, rapportent sur l'art. 6, tit. VII, de cette Coutume, des arrêts qui ont consacré cette distinction. (V. également Boucheul, *Des Convent. de succéder*, ch. IX, n° 16.)

Ces auteurs rapportent également une autre déci-

sion du 10 juin 1646, jugeant que la condition de survie exigée par leur Coutume constituait un statut personnel suivant l'ascendant en quelque lieu qu'il se rendît ; qu'un père domicilié en Bourgogne n'avait pu s'y soustraire en faisant son testament contenant partage en pays de droit écrit ; que cet acte s'était trouvé frappé de nullité, non-seulement pour ceux des biens situés dans le territoire de la Coutume, mais encore pour ceux qui avaient leur assiette en pays de droit écrit : *statutum respicit personam*. C'était question de capacité, en effet, et non de disponibilité.

29. — Les effets du partage dont il est ici parlé ne devant se réaliser qu'à la mort de l'ascendant, la distribution à laquelle se livrait celui-ci n'ayant, ainsi que nous l'avons déjà constaté en droit romain, et que nous le verrons encore dans la suite, d'autre objet que la réalisation de la saisine des héritiers, il s'ensuivait que ce partage n'avait rien de contractuel, qu'il tirait toute son autorité de la seule volonté de son auteur, et que sa validité était indépendante du concours des enfants.

Ce principe souffrait difficulté cependant, en ce qui touche les *propres :* cette espèce de biens se trouvant placée par le droit des Coutumes hors de la disposition du père de famille, la rigueur des principes aurait peut-être exigé que le partage, offrant le moyen indirect d'en disposer, en fût absolument interdit à l'ascendant. On n'alla pas jusque-là. Mais deux Coutumes, celle d'Artois et celle de Poitou, exigèrent le consentement des descendants pour la ré-

partition de cette sorte de biens. (V. Boucheul sur Poitou, art. 219, et *Des Convent. de succéder*, ch. IX, n° 30.)

30. — Mais, par l'une de ces subtilités trop familières au génie inventif de nos anciens jurisconsultes, on parvint à tourner l'obstacle, ou plutôt à donner à la pratique le moyen de violer impunément la loi, sous couleur d'équité. Voici en quoi consista l'expédient.

L'ascendant commençait par faire donation de son disponible, c'est-à-dire de ses meubles et de ses acquêts, à l'un de ses descendants ; puis ensuite il procédait au partage de la totalité de son patrimoine, sans distinction de ses propres et des autres biens déjà compris dans sa donation, et il déclarait « que si les non-donataires le voulaient agréer et entretenir, le don de meubles et acquêts serait de nul effet. » En ce cas, il fallait qu'ils exécutassent le partage, ou qu'ils abandonnassent les meubles et acquêts.

Boucheul (sur Poitou, art. 219, n° 22) fait honneur à Rat de cette heureuse invention que, pour son compte, il approuve avec les autres commentateurs de la Coutume du Poitou, Lelet, Fillau, Liége sur l'article précité. (V. aussi Brodeau sur Louet, lett. P, et les arrêts cités par Boucheul.) On n'y voyait qu'un moyen honnête de « tempérer la rigueur de la Coutume, et de favoriser l'intention des père et mère qui voulaient, de leur vivant, mettre la paix et l'union entre leurs enfants. *Eo casu filii, non pœnali judicio, sed quadam honestæ concordiæ ratione, ut quam pater*

decrevit divisionem observent; *aut portioni mobilium et quæstuum cedant.* »

31. — Un arrêt rendu le 9 mai 1675 sous l'empire de la Coutume poitevine avait même décidé, suivant Boucheul, que l'alternative se suppléait quand elle n'était pas exprimée. Mais cette doctrine avait été l'objet des critiques de Lebrun (*Successions*, liv. II, ch. IV, n° 10), disant avec raison que si, en ne disposant pas de ses biens ordinaires, l'ascendant avait négligé l'exercice d'un droit, il n'avait pas moins usurpé un droit qui lui manquait en disposant de ses propres, et qu'en pareille situation toute compensation était impossible : c'était, en effet, le cas de dire, avec Dumoulin (sur Reims, art. 263) : *Noluit quod potuit, sed voluit quod non potuit.*

32.— Comme *la démission* dont il sera bientôt parlé, le partage devait embrasser l'universalité des biens et comprendre tous les héritiers sans distinction : deux aspects par lesquels le droit des Coutumes se sépare du droit romain, mais par l'un desquels il se rapproche, au contraire, de notre droit actuel (art. 1078, C. civ.).

Il devait embrasser tous les descendants, parce qu'autrement il aurait manqué son but, la cessation de l'indivision entre tous les cohéritiers. On donnait pour motif, à l'obligation imposée à l'ascendant de n'excepter de son partage aucune partie de ses biens, les raisons mêmes qui en avaient autorisé l'introduction : ce partage perdrait toute raison d'être, disait-on, en effet, pour justifier la rigueur du principe, si, au

décès de son auteur, il restait une nouvelle division à opérer, et, par cela même, de nouvelles chances de dissentiments à courir.

Boullenois avait signalé le vice du raisonnement en faisant remarquer qu'à de telles prémisses il aurait fallu des conséquences plus absolues, et aller jusqu'à prononcer l'annulation du partage, non-seulement dans le cas d'omission de biens dont l'ascendant était déjà propriétaire au moment de sa confection, mais encore dans celui où il lui en serait survenu de nouveaux depuis la division qu'il en avait faite. On ne l'osa pas par respect pour la règle qui défend d'annuler *ex postfacto* un acte régulier dans son principe. Néanmoins, le coup était porté, et les rédacteurs du Code civil ne pouvaient manquer de réformer, dans la suite, une disposition législative aussi rudement atteinte.

33. — La révocabilité du partage d'ascendant ne fit pas plus de doute dans le droit coutumier qu'elle n'en avait comporté en droit romain. Plusieurs Coutumes en avaient des dispositions formelles. Elle tenait d'ailleurs à la nature même de l'acte, offrant tous les caractères de la disposition à cause de mort, *supremi judicii divisio*. Il n'y avait de controverse qu'au sujet des exceptions dont la règle était susceptible.

On s'accordait à en reconnaître une première pour le cas où le partage avait eu lieu par contrat de mariage, *ne alioquin alterutri sponsorum illudatur*. Encore est-il à noter que les effets de cette exception se bornaient à l'enfant dans le contrat de mariage

duquel le partage avait été fait, par la raison que ce contrat, « privilégié pour le conjoint, est un contrat à l'ordinaire pour les autres. » (Lebrun, *l. c.*, n° 14.)

Le décès de l'un des époux, qui avaient confondu leurs biens dans un partage conjonctif entre leurs enfants, en motivait tout naturellement une seconde. La confusion qui s'était faite des patrimoines lors de la formation des lots étendait forcément à l'acte, en tant qu'il regardait le survivant, le sceau de l'irrévocabilité que la mort lui avait imprimé, en tant que relatif à celui qui n'était plus. Ce n'était même pas là, à proprement parler, une exception. Le partage restait révocable par sa nature. Ce n'était que par le résultat de la circonstance accidentelle, qui en avait fait un tout indivisible, qu'il échappait à la révocation. Même observation en ce qui touche le partage fait par contrat de mariage. Ce n'était pas le partage qui, au cas particulier, était irrévocable, mais la libéralité faite au futur époux.

Devait-on tenir pour également irrévocable le partage qui, du vivant des père et mère, avait reçu son exécution par tradition réelle, ou par simple prise de possession des biens partagés de la part des descendants? Des jurisconsultes tenaient pour l'affirmative; d'autres, mieux avisés, suivant nous, s'étaient déclarés pour la négative. Ceux-ci ne se contentaient pas d'un acte de simple exécution pour enlever au partage le caractère de révocabilité inhérent à sa nature. Ils n'admettaient pas que la délivrance anticipée des lots pût avoir la vertu de dénaturer l'opération, et de trans-

former une véritable disposition à cause de mort en une sorte de donation entre vifs, dont elle n'avait entendu revêtir, à son origine, ni le caractère ni la forme. Ils n'y voyaient qu'une sorte de possession précaire au profit des héritiers, concédée sous le bon plaisir de l'ascendant. Pour eux, comme pour nous, les effets naturels et ordinaires du partage, tel qu'il se pratiquait alors, n'auraient pu fléchir que devant une renonciation formelle de l'ascendant à son droit de révocation, ou bien encore, ainsi que cela se voyait souvent, devant une tradition réelle de sa part, sous réserve d'une pension. (Comp. Brodeau, art. 17, ch. XXXIV, Cout. de Nivernais; Auroux des Pommiers sur Bourbonnais, art. 216, nº 28; Loysel, *Inst. cout.*, liv. II, tit. IV, règle 8.)

34. — Les Coutumes de Bretagne et de Bourbonnais avaient réglé la forme de la révocation du partage d'ascendant. Elle se faisait par testament ou par simple déclaration écrite.

35. — Au fond, le partage d'ascendant ne différait guère dans le droit des Coutumes de ce qu'il avait été à Rome. On n'y pouvait apercevoir qu'une désignation anticipée de la part attribuée par la loi à chacun des héritiers. Le père de famille y apparaissait avec le rôle d'exécuteur par anticipation de la loi de sa succession.

On avait bien pu assujettir le partage de la succession de l'ascendant par l'ascendant lui-même à la forme des testaments entre enfants; mais ce n'était pas, pour cela, un testament qui se faisait, c'était un

partage ; ce n'était point une libéralité proprement dite, ce n'était que la consécration du droit de succession. L'acte ne créait pas le droit aux biens, il se bornait à réaliser le droit successif conféré par la loi générale.

Ainsi, par sa forme, le partage d'ascendant appartenait, si l'on veut, à la classe des dispositions à titre gratuit ; mais, envisagé du point de vue de la réalité des choses, il aurait pu tout aussi bien trouver sa place dans le titre *Des Successions*.

Celui qui avait partagé ses biens pour le temps où il aurait cessé de vivre n'en mourait pas moins *intestat;* son partage — l'eût-il revêtu de la forme testamentaire — avait laissé la succession légitime sans atteinte. Il n'y avait pas de légataires, on ne comptait que des héritiers légitimes. La vocation héréditaire n'était pas changée; la saisine restait la même.

Ces principes étaient certains. Ils étaient universellement admis dans la doctrine. Plusieurs Coutumes en avaient des textes exprès. « *Chacun enfant*, dit le savant et original commentateur de la Coutume de Nivernais, *prendra en qualité d'héritier; et s'il ne prend qualité d'héritier, il n'aura rien.* »

Les enfants étaient saisis par la loi, poursuit à son tour Lebrun, « de la portion que l'ascendant leur avait assignée, bien que l'acte par lequel il la leur eût laissée fût un acte *testamentaire* et *révocable :* ce qui marque, qu'en ce cas même, elles (les Coutumes) ne laissent pas de considérer les enfants comme héritiers *ab intestat* des parts et portions que leur père leur a *réglées* (*l. c.*, liv. IV, ch. I, n° 11).

Dans notre droit national, en effet, la saisine a toujours été, et demeure encore aujourd'hui, l'attribut exclusif de la succession légitime, par une conséquence de cette vieille maxime du droit gallique qu'*institution d'héritiers n'a lieu;* que Dieu seul fait les héritiers.

36. — C'est ici que nous apparaît la seule différence importante à constater entre le droit français et le droit romain en cette matière. Elle tient à l'essence même de la saisine, ou plutôt aux caractères essentiellement distincts des deux législations ou des deux sociétés si différentes qu'elles avaient à régir. A Rome, la saisine pouvait être légitime ou testamentaire, suivant que le *de cujus* était mort *intestat* ou avait laissé un testament. Chez nos pères, au contraire, la vocation était une, et toujours elle était légitime. Cette vocation ne pouvait changer : le respect pour le lien du sang, et un grand amour de la conservation des biens dans la famille, y mettaient obstacle.

Si donc, en droit romain, ainsi que nous en avons fait précédemment la remarque, le partage d'ascendant laissait subsister la vocation soit légale, soit testamentaire, dans le droit des Coutumes ce partage ne demeurait pas moins respectueux pour la saisine héréditaire, devant laquelle était tenue de fléchir la volonté de l'homme, habile à faire des légataires, mais impuissante à faire des héritiers : *Gignantur hæredes, non scribuntur.*

37.—Il fallait être héritier, c'est-à-dire avoir la saisine légale, pour profiter des parts assignées par le partage

du père de famille. Donc, l'enfant renonçant à la succession était sans droit pour recueillir le lot que lui avait fait ce partage : sans droit en effet, car, partie intégrante de l'hérédité, ce lot n'aurait pu être revendiqué par lui au titre de légataire que lui refusaient les principes qui viennent d'être rappelés. Ici s'appliquait l'observation de Guy-Coquille : « *S'il ne prend qualité d'héritier, il n'aura rien.* »

38. — Là ne se bornaient pas les conséquences des principes qui viennent d'être rappelés. Ainsi, chaque enfant était tenu des dettes dans la mesure de sa part héréditaire, et non point dans celle de l'émolument qu'il retirait du partage, à moins que ce partage n'eût également porté sur ces dettes, auquel cas la répartition eût fait loi pour l'un aussi bien que pour l'autre des éléments de la succession, pour le passif aussi bien que pour l'actif.

On ne mit jamais en doute que les héritiers copartagés se dussent également le rapport, à moins de dispenses formelles. Quant à la garantie, ils se la devaient aussi, suivant l'opinion la plus accréditée, et sans distinction entre les Coutumes d'égalité et celles de préciputs. Maillart, dans son commentaire de l'article 85 de la Coutume d'Artois, en donnait ce motif que, le testateur ne faisant de son vivant que ce que le juge aurait fait après son décès, il n'y avait pas de raison pour refuser, dans le premier cas, un recours accordé dans le second. (Comp. Lebrun, *l. c.*, n° 67; Boullenois, *l. c.*, p. 187; Catellan, liv. V, ch. LXVI; Duperrier, t. I, liv. III, quest. 2.)

Il eût été difficile de répondre à ces raisons, qui nous avaient déjà semblé déterminantes au sujet de la même question en droit romain.

Des auteurs pourtant y ont contredit : Auroux des Pommiers, repoussant le recours en garantie d'une manière absolue (sur Bourbonnais, art. 216, n° 37) ; d'autres auteurs cités par Furgole, distinguant entre le cas où l'éviction avait précédé la délivrance des lots et celui où elle l'avait suivie, pour admettre le recours dans le premier, tout en le rejetant dans le second ; Furgole lui-même, proposant une autre distinction entre le cas où l'ascendant avait commencé par *instituer* ses enfants *héritiers* avant de leur faire le partage de sa succession, et celui où cette *institution* préalable avait fait défaut, pour donner le recours dans la première hypothèse, tandis qu'il le repoussait dans la seconde (*Des Testam.*, *l. c.*, n° 166). L'auteur ne parle ici d'héritiers *institués* que parce qu'il écrit pour les pays de droit écrit, obéissant au droit romain. (V. aussi Merlin, *Rép.*, v° *Partage d'ascendant*, n° 11.)

39. — Le partage d'ascendant était-il, en ce qui touche l'égalité, soumis aux mêmes règles que le partage ordinaire et rescindable, comme celui-ci, pour cause de lésion de plus du quart ?

L'analogie existant entre cette question et celle relative à la garantie aurait dû, semble-t-il, appeler une solution également affirmative. Il n'en était rien pourtant. Ici se reproduisait l'antagonisme que nous avons eu à constater déjà en droit romain, entre le caractère attributif de l'acte et le caractère distributif

que nous venons de lui reconnaître encore, et laissant au partage en question sa nature indécise et mélangée.

La solution restait subordonnée aux distinctions établies entre les Coutumes de préciputs et les Coutumes d'égalité, et aussi entre les Coutumes admettant ouvertement le partage d'ascendant, et celles qui étaient restées muettes à son sujet, et dans lesquelles celui-ci ne s'était introduit qu'à la faveur de la jurisprudence.

Dans les Coutumes de préciputs, le descendant lésé n'était admis à se plaindre qu'autant que sa légitime n'était pas demeurée entière; encore l'action qui lui était accordée n'était-elle point une action en rescision du partage, mais une simple action en complément de sa réserve. Rien en cela que de conforme à ce qui s'était déjà pratiqué en droit romain.

Mais ici encore, le privilége n'avait rien qui touchât au fond du droit. Il ne consistait pas dans la faculté pour l'ascendant de disposer en faveur de l'un ou de plusieurs des copartagés, de la quotité disponible de son hérédité, puisque ce droit lui était expressément reconnu par les Coutumes. Comme à Rome, il ne consistait que dans la dispense des formes. D'après le droit commun, les préciputs avaient toute liberté de se produire, mais à la condition de s'entourer des formalités imposées par la Coutume aux dispositions de dernière volonté. Ici, leur validité résultait du fait seul de leur insertion dans l'acte de partage soumis à des formes simplifiées. C'est en cela seulement que gisait le privilége. C'est notre première observation.

Nous ferons remarquer, en second lieu, qu'ici le caractère *attributif* de l'acte l'emporte manifestement sur l'élément *distributif* dont nous avons fait précédemment état. Nous ajouterons, pour dernière observation, que si, contrairement à tout ce qui vient d'être supposé, les inégalités contenues dans le partage n'étaient pas entrées dans les intentions de l'ascendant ; que s'il était apparu clairement que, tout en se proposant d'observer l'égalité, l'auteur du partage avait payé tribut à une erreur d'appréciation, il y aurait eu lieu, ainsi que s'en expliquait Pothier au sujet de la *Démission de biens,* « de se pourvoir contre le partage et d'en provoquer un autre » (*Introd. à la Cout. d'Orl.*, t. XVII, Appendice). Ce n'était pas assez, en effet, que l'ascendant eût eu le droit de rompre l'égalité, avait-il entendu user de ce droit ? c'était le point à examiner. C'est par l'intention de leurs auteurs que se déterminent les effets des actes.

Le soin qu'avaient pris les Coutumes d'égalité de proscrire tous avantages entre héritiers aurait été inutile si, par la voie d'un partage anticipé, il avait été possible d'éluder la prohibition. Il convenait donc, sinon d'interdire le partage d'ascendant d'une manière absolue, de le déclarer rescindable pour cause de lésion, à l'effet de déjouer l'artifice des parents qui, dans l'impossibilité de procéder ouvertement, n'auraient pas manqué de recourir à la voie indirecte que leur aurait ouverte le partage pour rompre l'égalité entre leurs descendants : *Ne obliqua dispositione... alterius ex hæredibus melior conditio fieret.* (D'Argen-

tré sur Bretagne, art. 256, cap. *De Demis.* — V. aussi Furgole, *l. c.*, n° 155.)

Était-ce à dire qu'on dût autoriser la rescision pour la lésion la plus légère? autant aurait valu supprimer le partage lui-même; car nul ne pouvait se promettre d'échapper à toute erreur, si minime qu'elle fût, et d'arriver à l'égalité absolue. La doctrine et la pratique comprirent que l'égalité ne se devait pas entendre à la rigueur, et qu'une certaine latitude devait être laissée à l'appréciation des parents.

Une Coutume, une seule, celle de Bretagne, fixa la mesure. Elle admit la rescision dans le cas où la lésion atteindrait le sixième. Dans les autres, on se contenta d'exiger que la lésion ne fût pas dénuée de quelque importance. Le juge restait investi d'un certain pouvoir d'appréciation; il lui appartenait de décider, en tenant compte des circonstances, si l'inégalité était de nature à motiver l'annulation du partage.

Toujours bonne à consulter, la règle posée par la Coutume de Bretagne dut s'imposer, le plus souvent, avec un caractère obligatoire.

40. — Il résulte de ce qui vient d'être dit que, dans les Coutumes d'égalité, les plaintes des héritiers étaient plus facilement accueillies contre le partage d'ascendant que lorsqu'elles s'attaquaient au partage du droit commun, où chacun aurait été en position de surveiller ses intérêts : tolérée jusqu'au quart dans le dernier cas, elle ne pouvait atteindre impunément cette mesure dans le premier.

41. — Mais cette inégalité qu'en Bretagne tolérait

un texte précis, et qu'admettait également l'interprétation pour nos autres provinces, n'avait-elle pour fondement que la difficulté d'arriver à une exacte évaluation des lots? était-elle complétement exempte de toute condescendance pour l'autorité des ascendants, ou pour l'affection ou l'intérêt qu'aurait pu justifier la position particulière de l'un ou de plusieurs des copartagés?

D'Argentré soutint énergiquement la première opinion dans le commentaire de sa Coutume : « Si c'eût été sciemment et à dessein que l'auteur du partage y eût introduit des inégalités, ce partage n'eût pas dû faire autorité, parce que la Coutume *pardonne à l'erreur et non à la fraude.* »

C'eût été faire fraude aux Coutumes, en effet, que d'introduire sciemment dans un partage des inégalités, si minimes qu'elles fussent, que celles-ci défendaient avec le plus grand soin, et que, sous peine d'inconséquence, elles ne devaient pas tolérer.

Ce système, qui n'avait pas seulement pour lui la logique, en ce qu'il fermait la porte à l'artifice, *ne obliqua dispositione... alterius... melior conditio fieret*, qui avait aussi l'avantage de mieux défendre les franchises du vieux droit national (1), n'était pourtant pas

(1) Le grand principe de l'*affectation du patrimoine à la famille*, attesté par les monuments les plus anciens et les moins récusables de notre histoire nationale (Wotton, *Glos.*, v° *Hæreditas*; César, *Com.*, VI, 19), avait pour corollaire dans le droit celtique l'hérédité légitime avec l'ÉGALITÉ DES PARTAGES. (V. ancienne Coutume de Bretagne; Laurière sur art. 300 de celle de Paris; Laferrière, *Hist. du dr. fr.*, II, 90; Chabot (de l'Allier), Rapport au Tribunat, le 26 germ. an XI. — V. aussi mon *Traité des dispositions par cont. de mar. et ent. ép.*, passim, et notamment t. I, p. 5 et 6.)

le plus communément suivi. C'est que, s'il avait ses avantages, il avait aussi ses inconvénients : il fournissait un facile prétexte aux héritiers d'une humeur difficile d'attaquer le partage. Et, s'il n'était que trop aisé à ceux-ci d'alléguer l'artifice de l'auteur commun, quelles difficultés ne devait pas avoir à surmonter le juge pour discerner la véritable cause du mécompte! La pratique s'en tint donc assez naturellement aux termes mêmes de la Coutume, sans s'arrêter à rechercher le mobile de l'inégalité qu'elle tolérait.

42. — En ce qui touche les Coutumes muettes, nous avons déjà vu que la pratique du partage d'ascendant y était devenue à peu près universelle.

Aucun obstacle bien sérieux ne s'était opposé à son introduction dans celles de ces Coutumes qui permettaient les avantages entre héritiers, et on y appliquait, relativement à la lésion, les règles que nous venons de rappeler pour les autres Coutumes de préciputs qui autorisaient expressément le partage, c'est-à-dire que l'inégalité était respectée dans la limite du disponible.

L'admission du partage d'ascendant avait rencontré des difficultés plus grandes dans les Coutumes qui repoussaient toute inégalité. La plus sérieuse était née de la prohibition même. Coquille était allé jusqu'à en proposer ouvertement le rejet, par ce motif « qu'un d'entre les enfants plus hargneux que les autres aurait toujours l'occasion de dire l'un des lots être de plus grande valeur ou plus grande incommodité que les autres. » (*Instit. au droit franç.*, p. 126.)

On ne s'était pas arrêté à l'objection. L'exemple des Coutumes qui en avaient des dispositions formelles, l'utilité incontestée du partage en question, la crainte de priver des ascendants du moyen de prévenir une cause féconde de dissentiments entre leurs enfants l'avaient emporté.

Quant à la question de lésion, on s'en tint à la distinction proposée par d'Argentré pour les Coutumes d'égalité qui admettaient ouvertement le partage, entre l'erreur et la fraude, entre le cas où le partage s'était proposé le maintien de l'égalité entre les copartagés et celui où il avait eu, au contraire, en vue de rompre cette égalité par des avantages à l'adresse des uns, au détriment des autres. Le premier, s'exécutait avec le tempérament admis dans les Coutumes d'égalité où le partage était textuellement admis; le second, perdait tout privilége, et ne parvenait à trouver grâce qu'à la condition de revêtir les formes ordinaires du droit commun, et de respecter, quant au fond, la légitime de droit d'une part, et la réserve coutumière de l'autre. (Comp. Lebrun, *l. c.*, liv. IV, ch. I, n° 11; Ricard, *Donat.*, n° 1653; Legrand sur Troyes, art. 95.)

Il résulte de cette dernière partie de nos explications qu'il n'y avait de véritablement importante, au point de vue de la question de lésion, que la distinction entre les Coutumes de préciputs et celles d'égalité, par la raison que, dans les Coutumes muettes, c'est-à-dire où manquait la disposition autorisant le partage en question, on la suppléait avec toutes les consé-

quences qui s'y trouvaient attachées dans les Coutumes pour lesquelles elle était écrite.

43. — Tenu aux règles du partage ordinaire relatives à la valeur d'estimation des biens, l'ascendant était-il également assujetti aux règles de ce partage relatives à la répartition des biens de différente nature dont se composait son patrimoine? pouvait-il impunément placer ses immeubles dans le lot de l'un de ses héritiers, en obligeant les autres à se contenter de valeurs mobilières ou de numéraire? n'était-il pas tenu, au contraire, de composer la part de chacun, non-seulement en corps héréditaires, mais encore de valeurs similaires?

La question était controversée, mais on la résolvait généralement par l'affirmative. L'opinion la plus commune tenait, en effet, que chaque descendant était fondé à réclamer sa légitime *en corps héréditaire*, dans les Coutumes qui permettaient de le réduire à cela (Auroux des Pommiers, *l. c.*).

Boullenois était d'avis que les meubles et les immeubles devaient entrer dans chaque lot pour des proportions à peu près égales, dans les Coutumes d'égalité, qui, rationnellement, ne pouvaient pas plus facilement tolérer d'inégalité sur ce point qu'au sujet de la valeur estimative des parts : « Si un père, ayant plusieurs fonds et de simples deniers d'argent comptant, donnait à l'un tout son argent comptant, et à l'autre tous ses fonds, je croirais que le fils qui n'aurait que de l'argent serait en état, après la mort de son père, de demander part dans les fonds, en

offrant de partager les deniers, encore que les deniers dont le père lui aurait fait partage montassent à la valeur des fonds. Ma raison est que je ne trouve pas que le père, dans son partage, ait observé l'égalité, étant certain que des deniers comptants n'ont pas la même stabilité que les fonds. » (P. 80.)

44. — A celui dont les préoccupations se bornaient à l'avenir, à la crainte de dissentiments dont le règlement de sa succession pourrait être l'occasion entre ses héritiers, le partage d'ascendant suffisait ; mais à celui qu'obligeaient des nécessités présentes, à qui l'âge ou les infirmités faisaient désirer le repos, en se débarrassant sur de plus jeunes du fardeau d'une gestion devenue pénible, ou que des motifs de pure affection portaient à se dépouiller prématurément de ses biens pour en assurer la jouissance immédiate à ses enfants, un autre expédient était nécessaire. La pratique le trouva, et il répondit dans le droit coutumier au nom de *démission de biens*.

45. — La démission de biens, que n'ont point conservée nos lois nouvelles, et qui différait sous certains rapports du partage d'ascendant, avec lequel elle aurait semblé faire, dans la pratique, une sorte de double emploi, à ne l'envisager qu'au seul point de vue du partage dont elle pouvait être accompagnée, n'avait eu aucun précédent à Rome. Elle était d'origine nationale ; elle s'était introduite par l'usage, et tenait moins à une législation qu'à des pratiques locales, donnant lieu à une jurisprudence fort incertaine.

De grandes diversités, en effet, et des incertitudes plus grandes encore existaient au sujet de cette institution, dont l'époque de la naissance serait aussi difficilement précisée que son véritable caractère juridique, dont nous nous bornerons à tracer ici les traits les plus saillants.

Suivant d'Argentré, elle aurait commencé par être particulière à la Bretagne et inconnue aux autres provinces. L'assertion a été contestée (1). De la mention que lui donnait la Coutume de la vieille Armorique, quand celles des autres pays la passaient sous silence, il n'y a, suivant nous, qu'une conséquence à induire : c'est qu'en Bretagne elle fut d'une plus fréquente application qu'ailleurs.

46. — Qu'était-ce donc, en réalité, que la *démission de biens?* c'était une anticipation de succession, *juris hæreditarii prorogatio,* nous répond d'Argentré (sur Bretagne, ch. IV, art. 65); c'était, suivant la définition

(1) Boullenois, après nous avoir dit dans sa préface que, moralement, elle avait sa source dans le cœur de l'homme, se déclare embarrassé pour lui en assigner une dans l'ordre civil et juridique. Suivant une conjecture qu'il n'étaie de rien de bien sérieux, elle procéderait des capitulaires 212 et 248 de Charlemagne et du titre XLVIII, *de affatom.*, de la loi salique. Mais sur combien d'invraisemblances ne faut-il pas passer pour accepter cette conjecture! Le capit. 212 et le passage invoqué de la loi des Francs-Saliens ne parlent que de tradition *fictive*. Dans la démission, cette tradition est *réelle*. Dans le capit. 248, il n'est question que d'un *partage d'ascendant*. Ces partages, dont les formules du temps fournissent des exemples, s'étaient proposé de corriger les rigueurs de la loi excluant les filles de la terre salique. — M. Féréol-Rivière (*Rev. de législ.*, *l. c.*), tout en reconnaissant l'incompatibilité du caractère dominant de la *démission* avec les idées de la société romaine, s'efforce, sans plus de succès, d'en rattacher l'origine à la donation *mortis causa* du Digeste, à la loi 42, ff. *de mort. caus. donat.*, qui présente l'hypothèse d'une telle disposition suivie de tradition : *traditionibus factis... usumfructum sibi recepit.*

plus complète qu'en donne Pothier, « l'acte par lequel une personne, en *anticipant* le temps de sa succession, se dépouillait, de son vivant, de l'*universalité* de ses biens, et en saisissait d'avance ses *héritiers présomptifs*, en retenant le *droit d'y rentrer lorsqu'elle le jugerait à propos.* » (*Introd. à la Cout. d'Orléans*, t. XVII, Appendice.)

Il résulte de cette définition qu'on ne pouvait voir dans la démission de biens, comme dans le partage d'ascendant, qu'une institution *sui generis*, d'une nature indécise et fort malaisée à préciser. Ce n'était ni le testament ni la donation entre vifs. Elle se distinguait du premier par l'actualité de son effet. Si, par ce côté-là, elle touchait à la seconde, elle en différait profondément par la révocabilité de ses effets à la volonté de son auteur.

Ce n'était pas non plus la donation *mortis causa* proprement dite, qui n'avait jamais été reçue en droit coutumier, et dont elle différait d'ailleurs, comme du testament, par l'actualité de ses effets. Aussi continua-t-elle de subsister après l'abolition, par l'ordonnance de 1731, de cette forme de disposition.

Qu'était-ce donc? une succession anticipée, ainsi que le mentionne fort improprement d'Argentré? pas davantage; car, si l'exécution de la démission était actuelle, l'effet attaché à cette exécution n'était que provisionnel, à la différence de celui attaché à la saisine héréditaire, qui est définitif. « Il ne faudrait pas, fait observer avec raison un savant auteur, prendre trop à la lettre les définitions qui nous présentent la

démission comme une ouverture anticipée de la succession par laquelle les démissionnaires seraient devenus de suite les héritiers du démettant. Cela est impossible. » (Demolombe, XXII, 688.)

Impossible en effet, par l'excellente raison qu'en donne Pothier lui-même, rectifiant ainsi ce que sa définition (*omnis periculosa*) avait d'inexact, « qu'un héritier étant la continuation de la personnalité du *de cujus*, il implique contradiction qu'on puisse être héritier d'un homme qui est en jouissance de son état civil : *nulla est viventis hæreditas.* »

Qu'était-ce donc finalement que la *démission de biens* de l'ancien droit? nul ne l'a mieux établi, suivant nous, que Guyot, au Répertoire de Merlin (v° *Démission de biens*) : c'était, nous dit le savant auteur, par développement d'une proposition de Lebrun (*Succ.*, liv. I, chap. I, sect. V, n° 2), c'était « quelquefois un abandonnement pur et simple, et elle tenait le plus souvent de ces conventions que les Romains appelaient *contrats innommés*, à cause des charges que le démettant y imposait au démissionnaire, soit en se réservant l'usufruit, soit en stipulant une pension viagère, ou que le démissionnaire le logera, le nourrira, l'entretiendra durant sa vie. »

47. — La révocabilité, qui lui était commune avec le partage d'ascendant, nous est apparue tout à l'heure comme l'un des traits caractéristiques de la *démission de biens*. Ce point n'était cependant pas universellement admis. On convenait assez généralement de l'irrévocabilité de la démission dans deux cas : le premier,

lorsqu'au lieu d'être universelle, elle se bornait à une quotité des biens et qu'elle se trouvait revêtue des formalités de la donation entre vifs. La raison qu'en donnait Ricard (*Donat.*, I part., n° 995), c'est que, dans le cas particulier, la disposition ne pouvait pas être considérée comme une démission véritable : on n'y pouvait plus voir, en effet, que la donation entre vifs, dont elle revêtait tous les caractères. Le second cas, où l'irrévocabilité de la démission était également avouée, était celui où la disposition s'était produite dans le contrat de mariage de l'un des héritiers présomptifs. Elle échappait à la révocabilité pour la part de celui dont elle avait favorisé le mariage, par le motif que son insertion dans la charte matrimoniale lui avait fait perdre son caractère de démission, pour la faire participer à la condition même de cet acte. L'exception était sans application aux parts des autres démissionnaires, qui demeuraient révocables.

Hors ces deux cas particuliers, et dans la thèse générale, la question restait controversée entre les commentateurs. Ceux qui, comme Lhommeau dans ses *Maximes du droit français*, Chopin sur la Coutume de Paris, Legrand sur celle de Troyes, Taisand sur celle de Bourgogne, Ricard, Lebrun, Boucheul, Pothier et autres, tenaient avec Boullenois pour la révocabilité de la démission, se fondaient sur ce que, les démissions de biens n'étant que des successions *anticipées*, ou, pour parler plus exactement, des dispositions de futures successions, ne devant s'ouvrir qu'au décès des démettants, il était juridique qu'elle ne devinssent

définitives qu'à ce moment : *In omnibus enim quæ concernunt futuram alicujus successionem consensus et voluntas ejusdem mutabilis est et ambulatoria usque ad mortem* (Dumoulin sur Paris, art. 8, gl. I, n° 53).

Mais cet avis n'était pas, à beaucoup près, sans contradicteurs. Sans parler des jurisconsultes bretons, qui tous avaient uniformément adopté le sentiment contraire, on pouvait citer, pour le ressort du Parlement de Paris, Loysel, Auzanet, Ferrière, Brodeau sur l'art. 17 de la Coutume du Nivernais.

Nous conclurons avec Grenier (*Discours historique*) que la démission de biens était révocable dans certains pays et irrévocable dans d'autres.

Il n'aurait pas suffi aux parties de donner à l'acte la qualification et les formes de la donation entre vifs, pour le soustraire à la révocabilité inhérente à sa nature. Le caractère légal des actes dépend moins, en effet, de la qualification et des formes qu'il a pu convenir aux parties de leur donner que du but qu'elles se sont proposé. L'abandon *général* fait par le démettant en faveur de *tous les héritiers présomptifs*, sans choix ni prédilection entre eux, ne pouvait pas perdre son cachet de disposition de future succession (*contra* Poulain-Duparc, *Principes du droit français*, t. IV, p. 259 ; Furgole, *l. c.*, n° 170 ; Merlin, *Rép.*, v° *Démission* ; Féréol-Rivière, *l. c.*).

48. — La révocabilité tenant, ainsi qu'il vient d'être dit, à l'essence même de l'acte, Lebrun avait mal à propos supposé que la révocation ne s'en pouvait régulièrement opérer qu'en vertu de lettres de chancellerie.

Il avait, sur ce point, été repris par Boullenois, qui, par des considérations analogues à celles qui précèdent, avait fait remarquer avec raison que la révocation était de droit ; que c'était *un remède ordinaire : Magis est actus ultimæ voluntatis, utpote ambulatorius.*

49. — Comment se faisait cette révocation ? En fallait-il un acte formel ? de quelle nature devait être cet acte ? devait-il être notifié aux démissionnaires ? la révocation se pouvait-elle induire de l'aliénation souscrite par le démettant au profit d'un tiers de tout ou partie des biens objet de la démission ? Autant de questions qui divisaient les légistes, et aujourd'hui dénuées d'intérêt au point de vue des études que nous nous sommes particulièrement proposées.

Même observation en ce qui touche la question de savoir quel était le sort de la démission quand la révocation n'avait été que partielle. On peut voir au surplus, sur ces différents points, Furgole, ch. VIII, sect. I, nos 196 et suiv., et les auteurs par lui cités, particulièrement Legrand sur Troyes ; Lebrun, *Successions*, liv. I, ch. I, sect. V, nos 22 et 27 ; Boullenois, *l. c.* ; Boucheul, *Des Convent. de succéder*, ch. VIII, n° 18.

50. — La résolution procédant *ex causa antiqua*, en vertu d'une convention tacite, on appliquait aux aliénations des démissionnaires la maxime *resoluto jure dantis* avec ses conséquences obligées. (V. cependant Pothier, *Des Fiefs*, n° 160.)

Quant aux démissionnaires, ils étaient personnellement tenus à toutes les obligations attachées à la res-

titution imposée au possesseur d'une hérédité contraint de subir l'éviction. S'ils étaient fondés à répéter au démettant les sommes par eux payées aux créanciers de celui-ci, ils lui devaient compte, à l'inverse, des détériorations qu'ils avaient commises ou qu'ils auraient dû empêcher.

51. — On comprend de quels embarras, et de quels sujets de contestations multiples, devait être le plus habituellement suivie la révocation de la démission de biens. C'en était assez pour lui refuser sa place dans le recueil de nos lois nouvelles. (Comp. n° 70.)

52. — Cette révocabilité, si facile à justifier en droit pur, avait eu, dès l'origine de l'institution, sa trop naturelle raison d'être. On y voyait une précaution contre l'ingratitude des héritiers, hélas! déjà trop enclins à manquer d'égards pour ceux de qui ils n'avaient plus rien à attendre, et qui avait arraché au vieux Loysel ce cri d'avertissement resté trop souvent sans écho dans le cœur des parents:

> Qui le sien donne avant mourir,
> Bientôt s'apprête à moult souffrir!

(*Inst. cout.*;— V. aussi Boullenois, Préface; Legrand sur Troyes, art. 97).

53. — La démission de biens, n'étant ni la donation entre vifs ni le testament, se trouvait affranchie des formes solennelles de l'une aussi bien que de celles de l'autre. Elle se formait par le seul concours de la volonté du démettant et de celles des héritiers démissionnaires, à la seule condition de se renfermer scru-

puleusement dans les termes de la loi des successions, dont elle offrait l'image.

Si l'acceptation des démissionnaires était de rigueur comme pour la donation, elle ne procédait pas du même principe. Ce n'était pas par application de la maxime *nec ignoranti nec invito donatur* qu'elle était exigée; ce n'était pas davantage en conformité de cette règle des successions : *n'est héritier qui ne veut*, car *viventis non est hæreditas*. Le démissionnaire n'acceptait qu'en qualité de propriétaire ou possesseur ordinaire.

54. — Si, comme pour la donation entre vifs, l'acceptation ne pouvait, au cas de minorité de quelques-uns des démissionnaires, émaner que de leurs tuteurs autorisés par la famille, cela tenait à ce que les démissionnaires étaient, comme les donataires, tenus des dettes du démettant, qui formaient une charge de ses biens.

55. — Tout en reconnaissant que, de démettant à démissionnaire, la démission valait en quelque forme qu'elle eût été souscrite, on avait agité la question de savoir s'il n'était pas nécessaire de la soumettre à la formalité de l'insinuation, pour qu'elle pût produire également effet à l'égard des tiers. Le point était vivement débattu, et l'opinion la plus générale inclinait pour la négative (Lebrun, *l. c.*, n° 21; Boucheul, *Des Conv. de succéder*, ch. VIII, n° 16).

Boullenois distinguait : il dispensait de la formalité la démission en ligne directe, en y assujettissant celle entre collatéraux. (V. aussi Merlin, *Quest.*, v° *Démission de biens*, § 2.)

56. — Du principe qui assignait à la démission de biens le caractère d'un abandon anticipé et provisionnel de la succession du démettant découlaient de nombreuses conséquences.

Fort différente du partage testamentaire, formant le privilége à peu près exclusif des ascendants, la démission était à l'usage de tous ceux, sans distinction de lignes, qui avaient une hérédité à transmettre et capacité pour le faire.

C'était dans les mains de l'aîné de la famille de race nobiliaire qu'elle se devait faire, dans les provinces où celui-ci avait la saisine légale de l'hérédité tout entière, à la charge de délivrer à ses puînés leurs parts respectives.

Elle ne se pouvait faire qu'au profit des héritiers présomptifs du démettant; elle devait n'en omettre aucun, et respecter la vocation légale de chacun d'eux : *Pro majori portione non potest, quam in qua quis successurus est.*

Elle devait embrasser tous les biens, être à titre universel. Le démettant eût vainement déclaré se démettre de tels et tels biens : l'énumération les aurait tous compris qu'on n'y aurait vu qu'un titre particulier (1). Mais, en revanche, la retenue par lui stipulée de certains objets particuliers, d'un usufruit, d'une rente viagère, était tolérée.

Ici la logique était manifestement en défaut : on

(1) En Bretagne on suivait d'autres règles : on admettait la démission partielle bornée à certains biens déterminés (Perchambault sur Bretagne, tit. XXVIII, § 49).

abandonnait les voies de la succession pour donner satisfaction à la pratique. La vérité l'emportait sur la fiction. L'assimilation de la démission avec la succession manquait de ses principaux étais. La vraie succession n'admet, en effet, ni restriction ni réserve. La mutation qu'elle opère est complète et absolue ; elle ne se prête pas à ces tempéraments, ne servant ici qu'à mieux faire ressortir l'incohérence des principes de la matière et la justesse des appréciations de Boullenois, se refusant à voir dans la démission de biens, respectivement au démettant, autre chose qu'une sorte de donation *mortis causa*, contenant convention entre le démettant et le démissionnaire. Lebrun avait été bien mieux fondé encore à dire de notre institution qu'elle était quelquefois un contrat sans nom : *do ut des*, *do ut facias*.

Les biens objet de la démission prenaient, aux mains des démissionnaires à qui ils étaient remis à titre *successif* et non à titre de donation, nature *de propres*, sans qu'il fût permis de distinguer entre la ligne descendante et la ligne collatérale, bien que, dans les principes du droit coutumier, les donations d'immeubles par des collatéraux ne fissent pas de *propres*.

Les démissionnaires étaient tenus de rapporter au partage des biens, objet de la démission, les dons qu'ils avaient précédemment reçus : nul moyen pour eux de se soustraire à cette obligation, en dehors du refus d'acceptation de la démission, sauf à revenir ensuite sur cette première résolution à l'époque de l'ou-

verture de la succession, qu'on restait encore libre d'accepter, nonobstant le refus de la démission (Duparc-Poulain sur Bretagne, art. 537; Boullenois, p. 172 et 184).

Cette opinion n'était cependant pas universellement admise : Ferrière et les auteurs du *Nouveau-Denisart* pensaient que le rapport n'était dû qu'à la mort du démettant. A l'inverse, l'acceptation de la démission n'imposait pas celle de la succession quand elle venait à s'ouvrir.

57. — La survenance d'enfants opérait *vi ipsa* la résolution de la démission faite à des *ascendants* ou à des *collatéraux*, par la raison qu'elle enlevait à ceux-ci la qualité d'héritiers présomptifs qu'il leur aurait fallu conserver jusqu'au décès du démettant, pour que la démission produisît tous ses effets. La naissance de nouveaux enfants au démettant, après l'abandon fait à ceux qu'il avait déjà, arrivait à des résultats analogues, quoique moins radicaux, en donnant aux puînés le droit de réclamer, à la mort du père commun, leurs parts héréditaires dans les biens abandonnés.

58. — Était-ce, au contraire, l'un des enfants démissionnaires qui périssait, sa part accroissait à ses frères s'il ne laissait pas d'enfants appelés à le représenter à la succession du démettant; si tous les frères ou héritiers du même degré succombaient, la démission tombait en caducité. On considérait que la libéralité du démettant n'avait eu en vue que les démissionnaires seuls, et il ne se faisait pas de dévolution

d'un degré à un autre. Les biens abandonnés faisaient retour au démettant durant toute sa vie, et ses héritiers, après lui, pouvaient exercer la répétition. On jugeait, en conséquence, que les créanciers des enfants démissionnaires prédécédés étaient sans actions sur les biens qui avaient été abandonnés à leurs débiteurs. (V. arrêt du 11 juillet 1639, rapporté par Louys sur art. 274 de la Coutume du Maine.)

59. — Les démissionnaires étaient tenus des dettes du démettant, comme il en était tenu lui-même au moment de la démission. Mais ils n'y étaient obligés qu'en tant qu'acquéreurs de l'universalité des biens, et non en qualité d'héritiers, continuateurs d'une personne toujours vivante. Leur obligation se mesurait sur la valeur même de ces biens. Résultat d'une sorte de convention tacite, on n'y voyait qu'une application de la maxime : *bona non sunt nisi deducto œre alieno.* Il y avait donc nécessité de justifier de la consistance de ces biens, ce qui ne se pouvait faire que par un état des dettes dont la pratique accompagnait l'acte de démission.

Il va de soi que les dettes postérieures à la démission ne pouvaient atteindre les démissionnaires que par l'effet de l'acceptation de la succession du démettant. Dans l'impossibilité de les engager par la voie hypothécaire sur les biens dont il avait perdu la propriété, celui-ci pouvait arriver au même résultat en hypothéquant à ses nouveaux créanciers non plus les biens abandonnés, mais le droit immobilier de révocation au moyen duquel il s'était réservé de les

reprendre. C'est par l'exercice même *de ce droit de résolution*, c'est-à-dire par la fusion de ce droit dans les biens abandonnés, que les créanciers parvenaient à la réalisation de leur gage. Encore est-il, que si la mort du démettant survenait avec cette réalisation, l'acceptation des démissionnaires réduisait les créanciers en question à l'action personnelle, le droit de révocation affecté à la garantie de leurs créances ayant péri avec le démettant.

60. — Lorsqu'il y avait pluralité de démissionnaires, le démettant pouvait indifféremment, et à son choix, accompagner sa démission d'un partage, ou s'en remettre sur ceux-ci du soin d'y procéder eux-mêmes dans les formes ordinaires, et quand bon leur semblerait, soit de son vivant, soit après sa mort.

61. — L'analogie des deux situations indique suffisamment que le partage auquel avait à procéder ici le démettant rentrait dans l'hypothèse du partage d'ascendant dont nous avons précédemment tracé les règles. C'étaient effectivement mêmes questions, mêmes distinctions entre les Coutumes d'égalité et les Coutumes de préciputs. Comment les solutions auraient-elles été différentes ?

Elles étaient identiques, en effet, en ce qui touche le fond, et nous n'aurions qu'à nous y référer ici, si nous n'avions certaine différence à signaler en ce qui concerne la forme. Voici en quoi elle consistait :

En principe, le démettant devait conformer son partage aux proportions établies par la Coutume du lieu, car il n'était, en ce cas, que l'exécuteur de la loi : il se

bornait à prévenir l'office du juge. Dans les Coutumes d'égalité, toute lésion de quelque importance aurait, comme dans le partage d'ascendant, vicié son œuvre. Dans les Coutumes de préciputs, il avait plus de latitude : il pouvait, ainsi que cela se pratiquait également pour le partage d'ascendant, répartir inégalement les biens par lui abandonnés. Son pouvoir ne connaissait de limites, à cet égard, que celles posées au partage testamentaire lui-même.

Mais ce qui lui était refusé, c'était le privilége de la forme concédé à l'ascendant qui faisait partage à ses enfants pour le temps où il aurait cessé de vivre. « Quand un père, dit Boullenois (p. 166 ; V. aussi p. 44, 73, 75), veut partager ses biens entre ses enfants (démissionnaires) il est astreint à suivre les lois des successions *ab intestat*, et *s'il veut s'en écarter*, *il faut qu'il dispose par des actes entre vifs ou testamentaires.* »

Voici la différence ; elle méritait d'être signalée : Le privilége de la forme accordé par le droit romain d'abord, et par le droit des Coutumes ensuite, au partage d'ascendant fut refusé à celui qui accompagnait la démission de biens. Quand ce partage entendait consacrer des inégalités, il perdait son caractère de simple démission ; il dégénérait en donation entre vifs, et il y avait pour lui obligation d'en revêtir les formes sacramentelles.

A bien plus forte raison en était-il ainsi du collatéral qui se démettait en faveur de ses héritiers, et auquel était refusé le bénéfice des immunités de forme concédées au partage d'ascendant.

Dans les Coutumes de préciputs donc, aussi bien que dans celles d'égalité, le partage accompagnant la démission n'avait de valeur qu'à la condition d'être fait dans les formes des dispositions ordinaires à titre gratuit.

62. — Les considérations qui servaient de fondement à l'obligation de garantie, dans le partage d'ascendant, militainet avec non moins de force dans le partage opéré par le démettant entre les démissionnaires. La difficulté n'aurait pu consister qu'à savoir si la garantie se pouvait exercer du vivant du démettant. Cette question, que n'ont point résolue nos anciens auteurs, appelait, suivant nous, une solution affirmative. Nous l'aurions fondée sur les raisons invoquées par Poulain-Duparc pour obliger les démissionnaires à faire le rapport immédiat au partage opéré entre eux par le démettant. La démission, quoique résoluble de sa nature et ne donnant aux démissionnaires qu'un titre provisionnel, n'en produisait pas moins des effets immédiats soumis à une condition qui, résolutoire de sa nature, ne pouvait avoir aucun des caractères suspensifs, qui seuls auraient pu paralyser l'exercice immédiat du droit de garantie résultant du partage.

63. — A la mort du démettant, toute incertitude disparaissait ; le provisoire cessait. Des situations jusque-là douteuses se consolidaient ; des droits chancelants ou subordonnés acquéraient la fixité qui leur manquait. Les démissionnaires avaient donné à la démission une acceptation dont les conséquences n'avaient pu être calculées d'avance ; l'équité, d'ac-

cord avec le droit, exigeait qu'on les en relevât. Nulle succession ne pouvait être appréhendée d'avance ; ils avaient, en dépit de cette acceptation, la faculté de renoncer à la succession désormais ouverte, ou bien de ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire.

De l'option qu'ils allaient faire devaient sortir des situations diverses avec des conséquences également différentes.

Renonçaient-ils à la succession, ils n'échappaient pas seulement aux obligations contractées par le *de cujus* depuis la démission, ils étaient également déchargés des dettes qui avaient précédé son abandon ; mais, en revanche, ils étaient tenus de restituer les biens qu'ils avaient reçus en laissant échapper ceux dont l'acquisition avait suivi la démission. Toute division était impossible. En renonçant à la succession, les démissionnaires ne pouvaient retenir les biens compris dans la démission, lesquels faisaient, aussi bien que ceux acquis depuis, partie intégrante de l'hérédité, qui ne pouvait être acceptée *pro parte.* La démission n'ayant été faite au démissionnaire, suivant une remarque de Pothier (*l. c.*, n° 15), qu'en tant qu'il serait un jour l'héritier du démettant, cette démission renfermait *vi ipsa*, et par sa nature, une condition que sa renonciation avait fait défaillir. La démission n'avait formé en ses mains qu'un titre provisoire à qui, au moment décisif, avait manqué sa confirmation.

La solution eût été différente, suivant Pothier (*contra* Boullenois, p. 234), si la démission avait

revêtu la forme de la donation entre vifs ou celle du contrat de mariage. Que l'immunité pût résulter du contrat de mariage, rien de mieux, parce qu'en ce cas la démission s'était trouvée participer à l'immutabilité de ce contrat. Mais pour la donation entre vifs, le résultat devait dépendre bien plus, suivant nous, de l'intention qu'avait eue le démettant que de la forme donnée à son abandon.

N'acceptaient-ils que sous réserve d'inventaire, les démissionnaires, tout en consolidant leurs droits sur les biens dont ils avaient été précédemment nantis, s'assuraient ceux provenus au démettant depuis sa démission, et n'étaient, à la faveur de la précaution dont ils s'étaient entourés, tenus des dettes grevant les uns et les autres que jusqu'à concurrence de la valeur qu'ils pouvaient avoir.

L'acceptation des démissionnaires était-elle pure et simple; de provisionnel et résoluble qu'il avait été jusque-là, le droit des démissionnaires sur les biens qui leur avaient été abandonnés devenait stable et définitif, et un droit semblable leur était également reconnu sur les biens acquis par le *de cujus* depuis sa démission. Mais, du même coup, ils se trouvaient tenus *ultra vires* de l'universalité des dettes et charges du démettant, sans distinction de celles qui avaient précédé et de celles qui avaient suivi sa démission.

Une double raison juridique repoussait la distinction : la première tenait à l'indivisibilité de la succession, embrassant aussi bien l'actif et le passif qui avaient fait l'objet de l'abandon anticipé, que l'actif et le passif

réalisés depuis, et dont l'acceptation ne pouvait être scindée. La seconde tenait à ce que, la démission du *de cujus* ne l'ayant point dégagé de ses obligations antérieures, celles-ci s'étaient trouvées faire partie du passif de sa succession, qui les avait transmises à ses héritiers.

64. — Ce n'était qu'à cette heure du décès, c'est-à-dire au moment où le démettant pouvait avoir de vrais héritiers, que se pesaient les droits de chacun, en tenant compte des événements qui avaient pu se produire depuis la démission : la naissance des uns, la mort, la répudiation ou l'indignité des autres ! autant de circonstances qui pouvaient n'être pas sans influence sur le partage *à faire*, si les démissionnaires avaient gardé l'indivision, ou si de nouveaux biens avaient été acquis depuis l'époque de la démission ; *à refaire*, si des changements s'étaient produits dans le personnel de la famille ou dans l'état civil de quelques-uns de ses membres depuis l'abandon des biens.

Il y avait partage à faire, en effet, si les biens compris dans la démission étaient demeurés indivis entre les démissionnaires ; à recommencer si le partage précédemment effectué s'était trouvé vicié à son principe.

Il reste à ajouter, pour compléter notre pensée, que celui qui s'effectuait alors devait comprendre indistinctement les biens qui avaient fait l'objet de l'abandon, et ceux survenus depuis au démettant. Hors ces cas particuliers, le partage des biens acquis postérieurement à la démission ne pouvait être une occasion de

revenir sur un partage régulièrement effectué, et auquel le décès du démettant était venu apporter sa consécration.

65. — Il résulte encore de ce qui vient d'être exposé que ce n'était, qu'à cette même époque du décès du démettant, que se pouvaient agiter les questions relatives à la régularité du partage qui s'était précédemment effectué, que s'ouvraient les actions auxquelles cette opération pouvait donner lieu.

Le partage n'avait-il laissé à l'écart aucune des personnes appelées à y figurer ? chaque copartagé avait-il eu la part qui lui revenait ? cette part avait-elle été régulièrement composée au point de vue de l'espèce et de la nature des biens héréditaires ? y avait-il eu, au contraire, lésion suffisante pour motiver la rescision ? la légitime ou la réserve coutumière avait-elle été méconnue ? autant de questions qui ne se pouvaient poser utilement qu'au décès du démettant, et dont la solution aurait été prématurément poursuivie de son vivant.

Jusque-là, en effet, il n'y avait qu'une saisine provisionnelle attendant sa confirmation de la saisine légale. (Comp. Bérault sur Normandie, art. 434 ; Basnage sur Normandie, art. 448 ; Boullenois, *Quest.*, 7 ; Merlin, *Rép.*, v[is] *Démis. de biens*, § 5 ; le même, *Quest.*, eod., § 6.)

66. — L'une des questions le plus vivement agitées entre les auteurs était celle de savoir par qui devaient être supportés les risques survenus entre le partage et le décès du démettant.

On tombait assez généralement d'accord pour laisser les cas de force majeure à la charge de la masse, quand le partage s'était trouvé vicié dans son principe, par la raison que, l'opération étant à recommencer et tous les lots remis en commun, l'accomplissement de la condition résolutoire avait produit son effet ordinaire. La controverse ne portait donc que sur l'hypothèse où il avait été procédé régulièrement.

Les mieux avisés, suivant nous (Boullenois, p. 170; Nouveau-Denisart, v[is] *Dém. de biens*), estimaient, par la raison inverse à celle qui vient d'être déduite, qu'en ce cas les choses avaient péri ou s'étaient détériorées pour le compte de celui dans le lot duquel elles avaient été placées, par application de la règle *res perit domino*. La propriété de chacun des copartagés, il est vrai, s'était trouvée soumise à l'origine à une condition résolutoire; mais, le décès du démettant ayant effacé cette condition en en rendant la réalisation désormais impossible, rien ne s'opposait plus, dans l'ordre des idées juridiques, à ce qu'on considérât cette propriété comme ayant été définitive et irrévocable dès son principe (*contra*, Ferrière, *Dict.*, v[is] *Dém. de biens*).

Rien dans cette solution que de conforme à ce qui a été précédemment établi, qu'il n'y avait de partage à recommencer qu'autant qu'il n'avait pas été régulièrement procédé; que, dans le cas contraire, le partage des biens dont l'acquisition aurait suivi la démission ne pouvait être l'occasion de revenir sur un partage antérieur auquel le décès du démettant avait apporté la consécration légale.

67. — Le régime dont nous venons d'exposer les principes demeura incontestablement en vigueur jusqu'à la promulgation de la loi, essentiellement égalitaire, du 17 nivôse de l'an II. Cette loi y porta-t-elle atteinte? la question naît de son silence même au sujet de la démission de biens et du partage d'ascendant.

Il est vrai que, pour ce qui concerne la première, cette loi sembla, par sa combinaison avec les art. 18 et 47 du décret interprétatif du 22 ventôse suivant, en avoir prononcé la déchéance pour l'avenir aussi bien que pour le passé, en l'assimilant, pour celle tout au moins que des statuts locaux n'auraient pas reconnue irrévocable, à la donation à cause de mort dont son article premier prononçait la nullité absolue. Mais la proscription, portée uniquement en haine de l'inégalité entre cohéritiers, ne s'était manifestement appliquée qu'aux seules démissions accompagnées de partages où cette inégalité se serait rencontrée.

On reconnaît sans peine que la loi de l'an II laissa sans obstacle la démission simple et non suivie de partage, où il aurait été impossible de voir autre chose que l'exécution même de la loi successorale (req., 11 juin 1835 ; Dal., XXXV, I, 315). Mais cette concession n'est pas suffisante. Le silence du législateur n'avait, suivant nous, rien de plus concluant en ce qui touchait le partage, soit qu'il eût été la suite de la démission de biens, soit qu'il se fût produit isolément.

Quelles autres raisons nous faudrait-il apporter à

l'appui de notre solution que celles qui, dans les Coutumes d'égalité, dont la loi de nivôse était venue généraliser le principe, avaient fait tolérer le partage en question lorsque l'égalité avait été observée ? Le silence de la loi se comprend aisément dans ce système. On aurait peine à l'expliquer dans celui que nous combattons. Si le législateur, en effet, eût entendu retirer la faculté précédemment concédée à l'ascendant d'assigner à chacun de ses héritiers la part lui revenant dans sa succession, il n'aurait pas manqué d'en avertir ; les antécédents lui en auraient fait un devoir. Les déchéances, d'ailleurs, ne sauraient se suppléer. M. Genty (p. 72) s'est donc montré trop rigide en tirant du silence de la loi du 17 nivôse une prohibition que l'ancienne jurisprudence avait refusé d'induire de celui de nos Coutumes d'égalité. Aussi la Cour de cassation n'a-t-elle pas manqué de maintenir la tradition (5 décembre 1816 ; Dalloz, v[is] *Disp. ent. vifs et test.*, n° 4449).

68. — La loi de nivôse an II avait appliqué au territoire de la République entière les principes particuliers aux Coutumes d'égalité. La loi du 5 germinal de l'an VIII vint, six ans plus tard, par abrogation de son aînée, faire exactement le contraire de ce qu'avait fait celle-ci. Elle généralisa à l'inverse le régime des Coutumes de préciputs, en permettant les avantages entre cohéritiers à titre de préciput ou avec dispense de rapport. Le silence qu'à son tour garda cette loi au sujet de la démission de biens et du partage d'ascendant ne put que confirmer, pour l'avenir au moins, la

solution présentée sous le numéro précédent, et personne ne douta plus, jusqu'à l'apparition du Code civil, que ces deux dispositions ne se pussent pratiquer librement.

69. — Avant de rechercher ce qu'il en advint lors de la rédaction de ce Code, de nous occuper du sort que leur fit cette rédaction, des suppressions et transformations qu'il leur fallut subir, résumons le dernier état de la législation sur les points objet de cette étude au moment de cette grande réforme, dont la nécessité avait été si souvent et si vainement signalée par d'excellents esprits, par de savants commentateurs, désireux de voir s'élever à la place de cette multitude de lois et de Coutumes, de cette diversité de jurisprudence et d'usages, source inépuisable de contestations et de procès, une législation uniforme et plus en harmonie avec les mœurs et la nouvelle existence politique de nos pères.

Confiant dans la sagesse de ses héritiers présomptifs, le père de famille n'était-il sollicité que par le besoin de se débarrasser d'une gestion onéreuse, ou tout simplement par le désir de favoriser chez eux des établissements avantageux, il trouvait dans la démission de biens la satisfaction qu'il cherchait. Cette disposition avait pour lui le double avantage de le débarrasser immédiatement d'une administration qui lui pesait et de laisser la porte ouverte au repentir.

Obéissait-il à des préoccupations d'une autre nature? était-ce l'avenir qui l'inquiétait? étaient-ce les querelles que n'amènent que trop souvent entre

proches les partages de succession qu'il se proposait de prévenir? il procédait lui-même au partage des biens objet de sa démission, ou, plus simplement encore, et tout en restant saisi jusqu'à sa mort, il faisait la distribution de son hérédité en assignant par avance à chacun de ses enfants ou descendants, dans la forme simplifiée du testament *inter liberos*, ou par acte sous seing privé écrit, daté et signé de sa main, la part lui devant revenir un jour dans cette hérédité. Ici, rien d'actuel ni d'irrévocable, et rien qui sollicitât l'intervention des héritiers présomptifs. L'acte avait le caractère de la disposition à cause de mort.

Une dernière voie — d'un usage moins fréquent — lui était ouverte : la disposition entre vifs était-elle l'objet de ses préférences? il pactisait, par exception aux règles du droit commun, avec ses héritiers sur sa future succession. Inattaquable tant qu'il ne blessait pas la légitime, ce procédé avait sur le partage par acte de dernière volonté l'avantage d'offrir au père le moyen d'établir ses enfants en lui laissant, comme celui-ci, la haute magistrature de la famille par la possibilité de revenir sur de précédentes dispositions.

TITRE DEUXIÈME.

CARACTÈRE DU PARTAGE D'ASCENDANT.

SOMMAIRE :

70. — Suppression de l'ancienne *démission de biens*.—Raison qui l'a motivée.
71. — Le Code y supplée par les deux modes du partage d'ascendant aujourd'hui pratiqués.
72. — Historique.
73. — Nécessité d'expliquer séparément ces deux variétés du partage.
74. — Causes communes aux deux modalités du partage d'ascendant.
75. — Causes spéciales au partage entre vifs.
76. — Inconvénients attachés à l'institution. — Manœuvres auxquelles elle peut donner lieu chez les ascendants flétries par Berlier.
77. — Torts et ingratitude imputables aux descendants.
78. — C'est plus particulièrement dans le partage contractuel qu'ils se produisent.
79. — Critiques dont le système du Code a été l'objet.
80. — Parallèle du droit ancien et du droit nouveau.
81. — Conclusion.
82. — Le Code répudie les immunités de forme du partage de l'ancien droit. — Retour au droit commun des donations et des testaments.
83. — Explication de la formule de l'art. 1076.
84. — Raisons de l'innovation que contient cette formule.
85. — Difficultés d'interprétation nées de la rédaction de l'art. 1076 combiné avec les art. 1078 et 1079.
86. — Elle fournit un nouvel aliment à l'ancienne lutte entre l'élément attributif et l'élément purement distributif.
87. — Démonstration.
88. — Conclusion.
89. — Difficulté de déterminer le véritable caractère du partage d'ascendant. —Nécessité de concessions réciproques entre les deux éléments qui en font une institution mixte.
90. — Si compréhensive qu'elle soit, la formule de l'art. 1076 se borne à la question de forme.

70. — Les théories de l'ancien droit nous sont connues. Essayons de préciser celle du Code.

Nous savons déjà, en ce qui touche la démission de biens, qu'elle n'a pas trouvé grâce devant ses rédacteurs. Il n'y a pas à le regretter. L'incertitude de ses principes, l'incertitude plus grande encore du sort qu'elle faisait aux biens abandonnés, les inconvénients multiples attachés à l'instabilité de la propriété de ces biens tant que vivait le démettant, et ceux de la révocation à laquelle était généralement soumise cette institution, en avaient trop révélé les dangers pour qu'on ne lui refusât pas sa place dans le recueil de nos lois nouvelles (Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, nº 84).

71. — Toutefois, comme elle avait répondu à une situation et à des besoins particuliers auxquels ne pouvait satisfaire complétement le partage d'ascendant, tel que l'avaient organisé nos anciens principes, il fallut y suppléer. On imagina pour cela de consacrer deux espèces de partages au lieu d'une seule : l'une opérant immédiatement, l'autre dont les effets sont, comme autrefois, ajournés à l'époque de l'ouverture de la succession.

72. — Les art. 134 du projet Jacqueminot et 153 du projet de l'an VIII portaient : « Les partages faits par actes entre vifs ne peuvent avoir pour objet que des biens présents, et sont soumis à toutes les formalités et conditions des donations entre vifs. L'usage des démissions *irrévocables* est aboli.

C'était indiquer clairement que le partage entre vifs ne serait, *sous le rapport de la stabilité*, qu'une sorte de démission de biens *irrévocable;* qu'on en

voulait moins à l'institution considérée en soi, qu'on déclarait abroger cependant (*Exposé des motifs*, *l. c.*), qu'aux inconvénients qui s'y trouvaient attachés; qu'on n'entendait nullement se priver de ses avantages, tout en cherchant à se prémunir contre ses dangers.

L'art. 153 du projet de la section de législation confondant deux articles du projet de la commission, est devenu notre art. 1076. Comme ses aînés, cet article se terminait par ces mots : L'usage des démissions *révocables* est aboli. Dans tout le cours de la discussion, rien qui fût relatif à ce dernier paragraphe. Il se retrouvait encore dans la rédaction communiquée au Tribunat, le 10 germinal an XI, et de son retranchement de la rédaction définitive il n'y a assurément rien à induire contre l'exactitude de nos précédentes énonciations. Aucune dissidence ne s'était élevée entre le Tribunat et le conseil d'État touchant le fond des choses. Ce ne fut qu'affaire de rédaction entre ces deux grands pouvoirs. Le Tribunat ayant fait observer que la disposition du Code devant être indépendante d'un ancien usage sur la matière, il était superflu de rappeler cet usage qu'on devait se borner à prohiber, on avait proposé la substitution de la rédaction suivante : *Les démissions révocables sont prohibées*. La section de législation trouva plus simple de n'en plus parler, et supprima le paragraphe dont l'inutilité était désormais constatée.

De tout cela qu'est-il resté ? il est resté, ainsi que nous l'avons précédemment énoncé, deux modalités

d'une même institution : l'une, opérant immédiatement, l'autre, n'ayant effet qu'au décès ; celle-ci, empruntant la plupart de ses règles à l'ancien droit, parce que ces règles, auxquelles les auteurs du Code n'ont pas exprimé l'intention de déroger, découlent de la nature même des dispositions testamentaires ; celle-là, création du droit nouveau, se présentant avec des caractères qui lui sont propres, et aussi éloignés de ceux des anciens partages d'ascendants que de ceux de la démission de biens, obéit à des principes tout différents.

73. — Si ces deux variétés du partage d'ascendant se touchent par plus d'un côté ; si elles ont des aspects généraux et communs qui nous obligeront à les confondre dans plusieurs des explications que nous leur devons, les différences de leurs effets en font déjà pressentir d'assez grandes dans leur nature même, pour qu'il y ait nécessité d'en consacrer de particulières à chacune d'elles.

74. — Rappelons d'abord ce qu'il y a de commun dans leurs causes impulsives et déterminantes :

Ce n'est pas seulement dans le désir, chez l'ascendant, de maintenir le bon accord au foyer de la famille, ainsi que nous l'avons mentionné au sujet de l'ancien droit, que réside le mobile du partage que la loi lui confie ; ce motif capital ne suffirait pas à justifier complétement le partage partiel reconnu par le droit nouveau (1077).

Des considérations d'un autre ordre, et d'une importance pratique non moins grande, pourront rendre

précieux à l'ascendant l'exercice de « la plus douce magistrature. » (Tribun Favard.)

Supposez l'accord entre les enfants. Quelques-uns sont, peut-être, retenus dans les liens de la minorité ou d'une incapacité d'un autre genre. La nécessité d'un partage judiciaire et des frais qui en sont le cortége indispensable est imminente et bonne à prévenir!... Les art. 1075 et suivants viennent au secours de la famille.

C'est le sort qui, ordinairement, décide de l'attribution des lots. Le sort! il est aveugle. L'égalité la plus stricte a été observée, supposerons-nous. Au point de vue de la valeur estimative, tous les appelés sont à l'abri de la lésion. Très-bien! mais les convenances pour chacun d'être apportionné de telle façon plutôt que de telle autre, où trouveront-elles leur satisfaction? le père de famille est juge de ces choses. Confiante en ses sentiments de justice, en son désir d'attribuer à chacun ce qui lui doit convenir le mieux, à raison de sa position particulière, de ses goûts et de ses aptitudes, la loi lui laisse le soin de décider. La distribution, dont les art. 1075 et suivants le font maître, constitue en effet un véritable partage d'attribution. Sa liberté n'a rien d'absolu, sans doute; elle est contenue par la nécessité de se renfermer dans certaines règles du partage du droit commun dont nous aurons à parler dans la suite, et l'obligeant à faire entrer, autant que possible, dans la composition de chaque lot des biens de mêmes *nature*, valeur et bonté. Mais, dans ces limites mêmes, qu'on pourrait désirer plus reculées,

l'exercice de l'acte de famille dont nous recherchons en ce moment le caractère n'est pas dépourvu de toute utilité, en ce qu'il permettra à l'ascendant, propriétaire de plusieurs immeubles ou d'immeubles de natures différentes, d'attribuer à chacun celui de ces biens qui aura le plus de rapport avec sa position, sa profession ou ses habitudes, « d'éviter des démembrements, de conserver à l'un des enfants l'habitation, qui pourra continuer d'être l'asile commun. » (Bigot-Préameneu, *l. c.*)

75. — A ces premières considérations, communes à l'une et à l'autre espèce de partages, il vient s'en joindre de particulières au partage entre vifs.

Nous avons déjà mentionné la plus fréquente : c'est un père qui, sentant le poids de l'âge, et que l'heure du repos a sonné pour lui, jette les yeux sur ses enfants, en qui il aperçoit des successeurs naturels (*filii*, *ergo hæredes*) qui, s'il y consent, le déchargeront, en recevant ses biens de ses mains, d'une administration devenue incommode; qui, au moyen d'une pension, lui assureront une existence honorée et exempte du souci des affaires. Il est un âge, en effet, où, pour les gens comblés des biens de la fortune, la richesse devient une charge, où la maladie et les infirmités dépouillent l'homme — sa force intellectuelle demeurât-elle entière — de tous moyens physiques d'administration; un temps où de plus modestes — le négociant, le manufacturier, l'artisan, le cultivateur même — éprouvent de la gêne dans l'exercice de leur profession, et, s'ils conservent encore assez de sagesse ou de

force d'esprit pour juger des abus que ceux qui les entourent pourront faire de leur faiblesse, cèdent volontiers au besoin de se donner des successeurs. Cette cause de démission est la plus fréquente. On en peut prévoir d'autres.

C'est peut-être un ascendant qui, pour prévenir une poursuite en dation de conseil judiciaire que sa prodigalité a rendue imminente, cède à de salutaires observations, et remet aux mains de ses enfants le dépôt d'une fortune compromise par les siennes ; — c'est un père gêné dans ses affaires, mais dont l'actif l'emporte sur ses dettes exigibles qui, pour prévenir une expropriation onéreuse et pénible, ou bien une aliénation à vil prix, aime mieux se démettre en faveur de ses enfants, avec charge d'opérer sa libération, que de liquider lui-même ; — c'en peut être un autre qui sacrifie au désir d'éteindre des contestations existant entre ses enfants au moyen du partage d'une partie de ses biens avec promesse par ceux-ci de rester unis, et de s'en remettre du règlement de leurs différends à son autorité impartiale ; — c'en sera un dernier que des sentiments plus généreux encore portent à se faire « le témoin du bonheur de sa famille dotée par sa bienfaisante tendresse. »

76. — Voilà le brillant côté ! tous ces avantages sont faciles à saisir.

Pourquoi faut-il qu'ici encore la médaille ait son revers ; que les réalités de la pratique répondent si mal aux promesses de la théorie ? Pourquoi ! nous en avons dit précédemment les causes (nº 2), une seule excep-

tée, pourtant — ce n'est pas la moins triste — la voici : c'est que ceux pour qui les lois sont faites sont encore plus éloignés de la perfection qu'elles ne le sont elles-mêmes ; c'est que les hommes sont trop souvent portés à abuser des meilleures choses, à faire tourner à la satisfaction de leurs mauvais sentiments les moyens qui leur sont offerts pour faire fructifier les bons ; c'est enfin qu'au lieu d'user du privilége qui leur est ici concédé dans l'intérêt du bien de la famille, du maintien du bon accord entre leurs enfants, les parents ne s'en servent que trop souvent pour donner cours à d'aveugles préférences, pour se livrer à d'habiles combinaisons, n'ayant d'autre but que de porter atteinte à l'égalité, en conférant « aux uns des avantages au détriment des autres. »

Ces manœuvres qu'avait entrevues le législateur ont été stigmatisées par lui : Le partage, disait Berlier au conseil d'État, répondant, dans la séance du 27 ventôse an XI, à une sorte d'optimisme de Muraire affichant une confiance peut-être trop aveugle dans l'esprit de justice des parents, « le partage est un acte favorable quand son origine n'est pas souillée par le désir de faire fraude à la loi : rien de plus louable entre enfants non avantagés ; rien de plus dangereux, rien de plus odieux entre enfants dont la condition cesse d'être égale, parce que ce serait presque toujours un moyen de tromper la nature et la loi. »

Procédé odieux en effet, ayant pour moyen l'hypocrisie et pour résultat, au lieu des apaisements et des joies qui étaient dans sa mission, des animosités

et des haines de famille d'autant plus ardentes, *majores adhuc et sæviores contentiones*, que les déceptions ont été plus grandes.

77. — Ce premier danger est plus particulier au partage testamentaire dont la principale cause d'insuccès doit être, en effet, reportée aux ascendants, Ce n'est pas que l'esprit de chicane des enfants n'y puisse aussi avoir sa part. Le partage le plus équitable ne parvient pas toujours à faire taire leur jalousie...

78. — C'est surtout dans le partage contractuel que se manifeste le danger le plus grand qui vienne de ce côté-là. Il n'arrive que trop souvent que, dans la crainte de s'aliéner l'auteur commun, des copartagés ne donnent au partage qu'une acceptation calculée, avec l'arrière-pensée de s'y soustraire plus tard. Mais ce n'est encore là que le moindre inconvénient ! Combien sont plus nombreux encore les enfants qui, foulant aux pieds les sentiments de la reconnaissance, oublient, du vivant même des parents, les libéralités dont ils ont été comblés par ceux-ci, et les laissent, au mépris d'engagements sacrés, dans un dénûment, hélas ! trop commun dans la classe la plus nombreuse de la société, où la nécessité de ces sortes de dépouillements anticipés se fait plus particulièrement sentir.

79. — Témoins de ces maux qui, dans notre ancien droit, avaient servi de passeport à la révocabilité de la démission de biens, et fait passer sur ses trop nombreux inconvénients; justement alarmés de l'espèce de déchéance morale dans laquelle l'irrévocabilité du

partage par acte entre vifs place aujourd'hui les ascendants, en les laissant sans défense contre les vices de cœur de leurs enfants, de bons esprits se sont pris à douter de l'excellence de la théorie inaugurée par le Code, de la supériorité du régime nouveau sur celui qu'il est venu remplacer. « Il ne faut pas toujours attendre bien longtemps, dit une savante critique, pour assister au triste spectacle d'enfants ingrats qui, comptant sur la répugnance du père à user de l'action en révocation pour cause d'ingratitude, ou mesurant leurs mauvais procédés de manière à ne pas atteindre la gravité de l'ingratitude légale, oublieront vite leurs devoirs et leurs engagements. » (M. Bressoles, *Rec. de l'acad. de législ. de Toulouse*, 1864, p. 161.)

Il n'est que trop vrai. Le système moderne des partages d'ascendants est loin de mériter tous les éloges, et aux causes que nous avons précédemment assignées au nombre toujours croissant des contestations soulevées en cette matière, nous n'hésitons pas à ajouter, comme l'une des plus fécondes, les effets juridiques découlant de ces partages, créant des situations dont on n'a pu, dès l'abord, mesurer toute la portée.

80. — A côté du partage par acte de dernière volonté que le Code a conservé, en se bornant, ainsi que nous l'allons voir, à l'assujettir aux règles du testament ordinaire, l'ancienne législation comptait la démission de biens et le partage par paction. Si, chez la première, le dépouillement était *actuel* et *révocable*, il était *révocable* et *ajourné* dans le second. A ces deux

modes de partage par acte entre vifs, le Code a substitué un partage soumis aux *formalités*, *conditions* et *règles* de la donation entre vifs, c'est-à-dire, ainsi que la démonstration en sera bientôt fournie, une *donation entre vifs* d'un ordre particulier avec les effets actuels et IRRÉVOCABLES attachés à la *donation entre vifs* du droit commun : de là cette source de regrets aussi fréquents que superflus, et « d'expédients employés pour rompre la lourde chaîne du lien contractuel. »

L'ancien régime, il est vrai, ne connaissait pas ces sortes de tentations. Si la démission de biens avait des conséquences par trop choquantes, il n'en était pas de même du partage par paction, dont l'utilité pratique n'a peut-être pas été assez appréciée. Inattaquable tant qu'il ne blessait pas la légitime, sans dépouillement actuel de l'ascendant et n'opérant qu'à la mort de celui-ci, il avait sur le partage par acte de dernière volonté l'avantage d'offrir au père de famille le moyen d'établir ses enfants, en lui laissant, comme celui-ci, la haute magistrature de la famille par la possibilité de modifier ses premières dispositions.

Gardons-nous cependant de toute critique irréfléchie. Il ne faudrait pas que les inconvénients inséparables de l'irrévocabilité du partage entre vifs, condamnant à l'inertie le père de famille, spectateur impuissant de la désunion amenée entre ses enfants par le plus léger avantage qu'il sera soupçonné d'avoir constitué en faveur de l'un d'eux, nous rendissent injustes envers la théorie du Code au point de lui infliger

un blâme exagéré, et de nous faire regretter, comme digne de nos préférences, le partage par paction de nos pays de droit écrit.

Qui ne voit, en effet, que ce partage, révocable comme le partage testamentaire, n'emportant pas plus que lui dessaisissement actuel de l'ascendant, n'aurait fait avec celui-ci qu'une sorte de double emploi? Il n'aurait pas plus que lui donné satisfaction à ce besoin dont nous avons déjà fait état, et qu'éprouvent quelquefois les parents de se démettre de leurs biens.

Sans nier les dangers qui s'attachent à l'irrévocabilité du partage entre vifs, au moins est-il juste de reconnaître qu'à la différence de la démission de biens, il est assujetti à la forme authentique, et qu'il peut ne comprendre qu'une partie du patrimoine. Comment ne pas apercevoir les garanties offertes aux ascendants par cette double circonstance, et tout le parti qu'en peut tirer une pratique éclairée dans l'intérêt de ceux-ci!

S'il n'est pas en son pouvoir de prévenir jusqu'à l'ingratitude des descendants, elle peut au moins en atténuer les effets: il lui suffira pour cela de conseiller l'insertion, en faveur de l'ascendant, de réserves ou autres stipulations, dont la méconnaissance aurait pour conséquence la résolution du pacte de famille.

Ce serait, suivant nous, manquer de justice envers le législateur que de le rendre absolument responsable du dénûment dans lequel nous ne voyons que trop souvent des pères et mères, après avoir fait aban-

don de leurs biens à leurs enfants. On serait mieux fondé à accuser d'imprévoyance le conseil, l'officier public, à qui la loi les avait obligés à recourir.

81. — Nous dirons pour conclusion, moins encore par ressouvenir du vieil avis de Loysel que par suite d'enseignements puisés aux sources d'une pratique journalière, qu'il n'est pas dans nos lois civiles de matière dont l'application demande autant de ménagements, de prudence et de circonspection que le partage d'ascendant. Si dans celui qui se fait par acte entre vifs la loi n'admet pas le repentir, c'est qu'elle suppose que les parents qui s'y livrent n'agissent qu'après de mûres délibérations ; qu'ils ont porté sur chacun de leurs enfants un jugement suprême et motivé avant de déposer dans ce dernier acte d'autorité et de magistrature domestique leurs résolutions définitives ; qu'ils se sont pénétrés de cette pensée de Laurière : *Beneficium dando accepit qui digno dedit* (sur Loysel). Nous conseillerions donc, quant à nous, de ne recourir que très-exceptionnellement au partage entre vifs, *quia melius est ut filii rogent parentes quam illos respicere in manus filiorum suorum* (*Ecclés.*, XXXIII, 22), d'y respecter scrupuleusement la loi d'égalité ; d'y accuser ouvertement le léger avantage à l'adresse de l'un des descendants ; de stipuler, par préférence au payement d'une pension ou de prestations annuelles, une jouissance réelle, une réserve d'usufruit avec rétention d'une partie des biens aussi indispensable à leur bien-être matériel qu'à leur indépendance et à la dignité de leur carac-

tère, dont l'affection des parents n'est, de notre temps, que trop portée à se départir.

82. — Nous avons vu qu'à Rome et dans notre ancien droit, le privilége du partage d'ascendant consista principalement dans l'exemption des formes du droit commun ; que la démission de biens n'avait pas été seule admise au bénéfice de cette dispense ; que le partage s'était trouvé également affranchi, par nos Coutumes et par l'ordonnance de 1735 elle-même, des formalités du testament ordinaire.

Le Code a rompu avec ces traditions : il n'admet plus, pour le partage d'ascendant, d'autres formes que celles des dispositions à titre gratuit du droit commun, de la donation entre vifs, si les effets en doivent être immédiats, du testament au contraire, si ces effets souffrent ajournement. « Ces partages, nous dit l'art. 1076, pourront être faits par acte entre vifs ou testamentaire, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testaments. »

83. — Ces partages *pourront* être faits ! Résulte-t-il de ces expressions qu'il soit facultatif au père de famille de se soustraire à l'une des formes indiquées par l'art. 1076 du Code civil ? en aucune manière ; il n'en résulte qu'une chose, c'est que son choix peut s'arrêter indifféremment sur l'une ou sur l'autre de ces formes ; qu'il peut accorder ses préférences à l'acte entre vifs sur l'acte testamentaire, et réciproquement, sans possibilité pour lui de s'écarter de l'une ou de l'autre.

84.—Deux raisons voulaient qu'il en fût ainsi, et tenant, la première, à la nécessité même de protéger l'ascendant contre ses propres faiblesses ou contre l'ardeur des convoitises que peut exciter autour de lui la distribution de ses biens, la seconde, au système général de la loi, nous disant par son art. 893 qu'on ne pourra plus, à l'avenir, disposer de ses biens *à titre gratuit* que par donation entre vifs ou par testament. Le Code ne reconnaît plus, en effet, que deux sortes de dispositions à titre gratuit : l'une, s'accomplissant *voluntate viventium*, c'est la donation entre vifs ; l'autre, *voluntate morientium*, ce sont les legs. Il n'y a plus que deux formes pour les constater : *la donation*, acte solennel, qui retient le nom de la disposition qu'elle consacre, et *le testament*.

La nécessité pour ses rédacteurs de reconnaître au partage d'ascendant, dans une mesure *si restreinte qu'elle soit*, le caractère dispositif, les amenait naturellement à dire que ce partage serait, suivant que les effets en seraient actuels, ou différés jusqu'au décès du disposant, soumis *aux formalités*, soit de la donation entre vifs, soit du testament.

85. — Si notre article s'en était tenu là, il eût prévenu de nombreuses critiques et des difficultés d'interprétation plus nombreuses encore.

On s'est d'abord demandé si, en présence des articles 1078 et 1079 § 1, et des principes qu'ils consacrent, les rédacteurs de l'art. 1076 avaient été également fondés à dire que le partage d'ascendant serait assujetti, non-seulement aux formes, mais encore aux

conditions et règles de la donation entre vifs ou du testament. On s'est demandé ensuite si ces dernières expressions pouvaient être acceptées dans cette disposition législative avec le sens et la portée qui s'y attachent ordinairement.

86. — L'antagonisme est manifeste. Il faudrait, semble-t-il, pour que l'art. 1076 pût recevoir toute l'extension que comportent naturellement les expressions qu'il emploie, que rien ne différenciât la disposition qu'il consacre de la donation entre vifs ou du legs; les art. 1078 et 1079 nous avertissent qu'il en est autrement. Il en ressort que, sous plusieurs rapports, et des plus considérables, le partage d'ascendant échappe aux *règles* des dispositions à titre gratuit; que le conflit entre l'élément purement distributif et le caractère dispositif que nous avons vus, en droit romain d'abord, et, plus tard, dans celui des Coutumes, se disputer le partage *inter liberos*, n'est pas près de finir; que la lutte se trouve au contraire ravivée par le Code; qu'elle puise des aliments nouveaux dans la rédaction même de l'art. 1076, dont la brièveté et le caractère énigmatique sont pour l'interprète une source de difficultés sans cesse renaissantes.

Établissons ce point avant de chercher à déterminer le vrai caractère du partage d'ascendant sous le Code.

Il nous suffira, pour sa démonstration, de nous souvenir de ce que nous avons eu à constater à Rome et dans notre ancienne jurisprudence, et de comparer les résultats avec ceux qui nous sont offerts par les textes nouveaux.

87. — N'est-il pas déjà résulté de nos précédentes observations qu'en droit romain, l'opération de famille qui nous occupe n'avait guère du partage que le nom ; que les effets qui s'y trouvaient attachés appartenaient tous aux dispositions à titre gratuit ; que, si la forme en fut longtemps arbitraire, les règles de fond étaient toutes empruntées au pouvoir concédé au père de famille de disposer de ses biens et de traiter inégalement ses enfants ; que les dispositions qu'il se permettait impunément par la voie du partage ne différaient en rien de celles qu'il aurait pu se permettre par un acte différent. Rappelons-nous, en effet, ce qui a été dit sous le n° 6 des inégalités que l'ascendant était autorisé à inscrire dans son partage, et n'ayant, comme les libéralités que par un acte différent il aurait faites à des étrangers, d'autre limite que le droit des enfants à leur légitime ; de la prétérition même de l'un de ces enfants n'altérant en rien l'opération du père de famille, et se résolvant en un droit accordé à l'enfant omis de n'exécuter le partage que dans les limites du disponible. En quoi ces solutions se rapprochaient-elles du partage ordinaire ? qu'avaient-elles de commun avec lui ?

S'il nous a fallu reconnaître que la disposition emportait garantie comme dans le partage ordinaire, n'avons-nous pas eu à constater en même temps, que cette garantie ne procédait que de la volonté présumée de l'ascendant ? C'était donc bien l'élément attributif qui partout, en droit romain, dominait, à l'exclusion de l'élément purement distributif.

Nous reconnaîtrons volontiers que ces traditions ne s'étaient conservées qu'en partie en passant du droit écrit dans celui des Coutumes ; mais l'explication s'en trouve dans la diversité des principes auxquels ces Coutumes obéissaient : si elles n'étaient pas parvenues à se faire admettre par celles dites d'*égalité*, cela tenait à l'essence même de l'interdiction prononcée par ces Coutumes. La prohibition des inégalités entre cohéritiers se serait naturellement opposée à toute lésion qu'aurait repoussée le partage du droit commun. Une sage précaution avait exigé, pour prévenir toutes tentatives de libéralités détournées, qu'on allât plus loin ; qu'on repoussât toute lésion de quelque importance, fût-elle inférieure à celle tolérée dans ce partage même, et la pratique était allée jusque-là.

Même observation relativement aux *propres*. Par cela même qu'ils se trouvaient, par leur nature, en dehors de la disposition de l'homme, on ne pouvait pas, dans le partage qui s'en faisait, permettre à l'élément attributif de se montrer. Force était donc d'abandonner les errements du droit romain pour s'en tenir à la loi du partage ordinaire.

Nos Coutumes s'étaient également départies du système du droit romain en ce qui regarde la prétérition de l'un ou de plusieurs des enfants pour donner raison à l'élément distributif sur l'élément rival. Mais ce n'étaient là que des exceptions motivées, les deux premières tout au moins, par la nature même des choses.

Quant aux Coutumes dites de préciputs, c'est-à-dire pour qui les inégalités entre cohéritiers n'avaient rien d'antipathique, elles suivaient, de tous points, les traditions romaines, et toléraient dans le partage d'ascendant toutes les inégalités qui laissaient sans atteinte la légitime des frères. N'était-ce pas appliquer à ce partage les règles ordinaires des dispositions à titre gratuit que d'en agir ainsi, et assurer le pas à l'élément attributif sur le caractère purement distributif du partage du droit commun ?

Concluons que si, dans les principes de notre ancien droit, la théorie était moins fixée qu'à Rome ; que si, dans le droit général de nos pays de Coutumes, la victoire du caractère attributif du partage d'ascendant sur l'élément purement distributif était moins complète qu'en droit romain, la balance n'en penchait pas moins d'une manière assez sensible du côté des principes et des *règles* du droit de disposer à titre gratuit. Disons encore que l'appellation de partage à laquelle répondait, dès cette époque, l'acte du père de famille dont il est ici parlé n'était que faiblement justifiée par les règles auxquelles cet acte était soumis.

Il en est autrement aujourd'hui. Les modifications considérables, disons mieux, la théorie nouvelle introduite par les art. 1078 et 1079, en imprimant définitivement à l'acte en question les principaux caractères du partage, auraient pu lui assigner sa place dans le titre des partages ordinaires tout aussi naturellement que dans celui des donations et testaments. Impossible de nier cela, dirons-nous avec

M. Alfred Trolley (*Étude sur la lésion*, p. 326), puisque la loi annule ce partage, quand il n'est pas fait entre *tous* les enfants existants au jour du décès et les descendants de ceux prédécédés (1678) ; puisqu'elle le rescinde pour lésion de plus du quart (1079) ; puisqu'enfin elle l'affranchit (à part le cas spécial prévu par le § 2 de l'art. 1079) des règles de la quotité disponible et de la réserve, et qu'un père qui a donné tout son disponible à un étranger peut, sans crainte de réduction, faire à l'un de ses enfants, dans le partage de ses biens, un avantage qui ne lèse pas les autres de plus du quart.

Si donc, par le fond, la disposition de l'ascendant tient incontestablement du partage, elle ne tient guère — nous le verrons bientôt — des donations et testaments que par le côté des formalités instrumentaires.

88. — Ainsi se trouve justifié ce que nous disions en commençant ces observations. L'antagonisme, dès longtemps, existant entre les divers éléments qui se disputent l'institution désignée dans le droit sous le nom de *partage d'ascendant*, a acquis un nouveau degré d'intensité des nouvelles dispositions législatives qui lui sont consacrées. L'embarras qu'éprouvaient nos vieux interprètes au sujet du titre à assigner aux copartagés, à reconnaître s'il fallait voir en eux des *légataires* ou des *héritiers*, alors que le partage n'était soumis à aucune forme particulière, est devenu bien plus grand aujourd'hui que le Code, tout en prêtant de nouveaux appuis à l'interprétation qui fait des copartagés de simples *héritiers*, soumet, à l'avantage

du sentiment de ceux qui n'y voudraient voir que des *légataires* ou des *donataires*, l'acte en question aux formalités, *conditions et règles* de la donation entre vifs ou du testament.

89. — Difficile problème ! s'écrie avec raison M. Demolombe, « qui ne saurait être tranché d'une manière absolue et qui oblige à faire, de chaque côté, certaines concessions pour arriver, s'il se peut, à cette alliance délicate et périlleuse entre la succession légitime et la disposition entre vifs ou par testament » (XXII, 693).

Problème fort difficile, en effet ; problème insoluble, suivant nous, pour qui, trop servilement attaché aux règles d'une logique inflexible, se tiendrait constamment au point de vue exclusif, soit des dispositions à titre gratuit, soit du partage du droit commun, mais dont la solution n'aura rien de trop pénible, au contraire, pour ceux qui, fidèles à la nature mélangée de l'acte à interpréter, sauront plier doucement les principes aux nécessités d'une situation anormale. (Comp. nº 126.)

90. — On serait en droit de s'étonner, si l'on ne connaissait déjà les motifs de leur détermination, qu'au moment où, s'appliquant à fortifier dans le partage du père entre les enfants ce que nous avons appelé l'élément purement distributif au détriment de l'élément rival, où, par les effets qu'ils y attachent, ils lui impriment définitivement le sceau du partage ordinaire, les rédacteurs du Code assujettissent cet acte de famille aux formes des dispositions à titre gratuit dont il avait été précédemment affranchi. Mais ce qui s'ex-

plique moins facilement, c'est que, par la disposition même qui soumet le partage d'ascendant aux formalités de la donation ou du testament, ils le plient du même coup aux autres *conditions et règles* qui régissent ces deux modes de dispositions.

On peut se demander si c'est bien intentionnellement que cette formule, si compréhensive en ces quelques mots : « les partages sont soumis aux *formalités, conditions et règles* prescrites pour les donations entre vifs et testaments » a été introduite dans l'art. 1076 ; si ses auteurs ont bien entendu attacher à chacune de ses expressions une signification parfaitement distincte. Il serait permis d'en douter à ne considérer que la manière dont cette formule s'est produite.

L'art. 134 du projet Jacqueminot, et l'art. 153 de la commission de l'an VIII que nous avons précédemment rappelés, s'étaient bornés à ces premières expressions : *formalités* et *conditions* des donations entre vifs. Ce ne fut que dans le projet de la section de législation du conseil d'État, présenté par Bigot-Préameneu dans la séance du 27 ventôse an XI, que se trouva cette dernière formule, avec sa redondance d'expressions : « Ces partages pourront être faits par..., avec les formalités, conditions *et règles* des donations entre vifs et testaments ; » et rien, dans l'exposé des motifs ou dans la discussion de l'art. 1076, n'est venu révéler que, par l'addition de cette dernière expression, le législateur ait entendu ajouter à la portée de la disposition.

Que conclure de la généralité des termes de notre art. 1076? que les partages *inter liberos* ne constituent plus, dans le droit nouveau, que des donations entre vifs ou des legs? Personne ne l'oserait soutenir. Le texte ne dit rien de semblable, et les articles qui suivent protestent ouvertement contre pareille induction.

Pour nous, l'objet de l'art. 1076 était double : il entendait, sans aucun doute — l'histoire de sa rédaction en fait foi — créer, au lieu et place de *la démission de biens* dont personne ne voulait plus, une nouvelle modalité du partage devant réaliser les avantages attachés à celle-ci, tout en en écartant les inconvénients ; mais ce qu'il s'est *surtout* proposé : c'est ce que, avant lui, avaient fait les Novelles 18 et 107 de Justinien et l'ordonnance de 1735, régler la question de forme.

Il n'échappera à personne, en effet, que l'article en question ne dit pas que les partages d'ascendants *sont* des donations entre vifs ou des legs, ou qu'ils équivalent absolument, sous le rapport des effets qui y sont attachés, à la donation ou aux legs ordinaires. Son objet essentiel est l'indication des moyens à l'aide desquels l'ascendant pourra faire son partage, et il dit : « Ce partage se fera (en tant que partage évidemment) avec les *formalités, conditions et règles prescrites pour faire la donation entre vifs ou le testament.* » Or, dire qu'un père peut distribuer ses biens entre ses enfants *par* donation ou *par* testament, ce n'est pas énoncer que cette distribution soit une donation ou un legs.

Grammaticalement, c'est énoncer qu'elle se borne à en emprunter les *formes, conditions et règles.*

91. — Quelle est donc, en dernière analyse, la valeur juridique de ces dernières expressions? n'y faut-il voir qu'une sorte de synonymie ou de redondance sans importance? nous n'irons pas jusque-là. Mais nous tenons pour certain que, dans cette voie nouvelle où entrait le législateur, sans qu'aucune discussion de détail en soit venue éclairer les issues, il n'a pas suffisamment pesé toutes les conséquences des expressions par lui accumulées dans une formule manquant de clarté à force de concision; qu'il ne s'est pas aperçu que son laconisme

Aux Saumaises futurs préparait des tortures.

92.—Pour nous, une distinction que semblent, nous en conviendrons, repousser les termes de l'art. 1076, doit être faite entre la donation entre vifs et le testament pour trouver le sens pratique des expressions dont nous cherchons à préciser ici la portée.

Pour tout ce qui tient aux formalités instrumentaires, l'acte de famille qui nous occupe suit en tous points le sort de la donation entre vifs ou du testament, suivant qu'il est entre vifs ou à cause de mort. Nous appliquerons la même observation à la capacité des personnes et à la disponibilité des biens, en ce qui touche le partage entre vifs. Nous verrons, qu'en ce qui touche le partage à cause de mort, une réserve doit être faite relativement à la capacité (n° 127).

L'art. 1076 veut dire enfin, par sa combinaison avec

ceux qui le suivent ou qui leur correspondent au titre des partages ordinaires, que l'opération de famille dont il s'occupe, qui n'est pas précisément une donation ou un testament, mais un partage *par voie* de donation ou de testament; qui, *absolument parlant*, et dans l'intention de celui qui s'y livre, est moins une libéralité que la consécration éventuelle du droit de succession; qui ne crée pas de droit aux biens — du moins pour le partage testamentaire — mais qui tout simplement règle des droits successifs conférés par la loi; que ce pacte de famille, disons-nous, joue dans les rapports de l'ascendant avec ses enfants ou descendants ou avec les tiers, le rôle — à quelques exceptions près, que nous ferons connaître en leur temps — de la disposition à titre gratuit; que, dans les rapports des copartagés entre eux, il revêt, au contraire, *tous* les attributs du partage du droit commun; qu'il constitue, pour tout dire d'un mot, une opération *sui generis*, complexe, *mélangée*, oscillant sur la double base de la succession et de la libéralité, empruntant alternativement les règles *et maximes* de l'une et celles de l'autre, suivant les situations et les aspects sous lesquels on l'envisage.

93. — L'explication des art. 1078 et 1079 et des autres règles de fond de l'institution dont nous donnons ici le commentaire nous la montrera dans ses rapports avec le partage du droit commun. Attachons-nous ici à dégager les aspects par lesquels elle se rattache, de proche ou de loin, aux dispositions à titre gratuit.

94. — Mais d'abord, le partage *inter liberos* constitue-t-il en soi une disposition à titre gratuit ? est-il attributif, ou ne contient-il qu'une simple distribution ?

Une distinction nous paraît indispensable :

Nous verrons qu'aucun doute n'est possible en ce qui touche le partage par acte entre vifs ; que son caractère est attributif. La solution souffre difficulté, au contraire, en ce qui regarde le partage testamentaire.

95. — Disons-le même nettement : sous la réserve de ce qui a été dit précédemment au sujet de l'application à ce dernir mode de partage de la forme testamentaire, la question ne saurait, en principe, être résolue que par la négative. Pour nous, le partage testamentaire n'a, dans les termes de notre droit actuel, rien, *à pnoprement parler,* d'attributif. La vocation des copartagés reste légitime, et rien, dans le testament portant partage, qui vienne modifier cette vocation *dans son essence.* Un changement, cependant, est apporté à la situation créée aux enfants par la saisine légale : le partage ajoute, ou bien retranche — suivant l'aspect sous lequel on veut envisager les choses — aux effets naturels de cette saisine, en attribuant *in solidum* à chacun des héritiers les biens qui formeront son lot, au lieu de les laisser dans l'indivision ; en leur enlevant, par cela même, le droit de procéder personnellement, soit à l'amiable, soit par les voies judiciaires, au partage de l'hérédité.

Suffisantes pour commander la forme testamentaire, imposée par les principes de la matière (893-895) à

toute modification quelconque apportée aux droits héréditaires, ces considérations ne sauraient, en droit strict, justifier complétement tous les raisonnements mis au service de la théorie, dont il nous reste à fournir ici la réfutation par une excursion nécessaire dans le champ du partage du droit commun.

96. — Une succession s'ouvre : que va-t-il advenir ? les héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt (art. 724). Ils sont tous et indistinctement propriétaires et possesseurs par indivis de toute la masse partageable, chacun dans la proportion de ses droits. Ils ont un droit acquis, non pas sur tel ou tel bien en particulier, mais sur toutes et chacune des molécules composant l'hérédité, *totum in toto et in qualibet parte*. Ils sont, suivant une formule due au progrès de la science juridique, et dont l'exactitude ne saurait souffrir discussion, ils sont propriétaires, chacun sous une condition suspensive, de la portion que lui attribuera le résultat d'un partage qui est dans les nécessités légales de la situation (art. 815), sous une condition résolutoire, au contraire, de ceux des biens qui entreront dans les lots des cohéritiers. Ce partage, suivant une autre formule équivalente et non moins exacte, sera pour chacun et pour tous *déclaratif* et non *translatif* de propriété. Par la vertu de l'accomplissement de l'une et l'autre des conditions que nous venons de rappeler, agissant en sens inverse, chacun se trouvera « avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot..., et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession »

(art. 883). Ce langage du législateur n'a rien que de fort correct, au point de vue juridique.

Qu'on ne nous parle point ici de *fiction*, ainsi qu'on le fait souvent au sujet de ces principes : il n'y en a pas vestige, dans l'hypothèse du partage ordinaire sans mélange de licitation, de soulte ou retour de lots. Ce n'est, en effet, que par ce dernier côté que notre art. 883 confine au monde des fictions. L'adjudication faite au profit d'un seul, qui aura à payer de ses deniers personnels à ses cohéritiers toutes les sommes excédant la valeur de sa quote héréditaire, aura beau être qualifiée de partage par la loi, ou d'équivalent du partage, elle ne saurait, dans la réalité, échapper à sa nature de contrat à titre onéreux, dans la mesure des droits des cohéritiers. Même observation en ce qui touche le partage avec soulte.

97. — Ces principes, si simples qu'ils nous apparaissent aujourd'hui, ont mis beaucoup de temps à se produire. C'est par les voies fiscales qu'ils ont pénétré dans le droit civil, où ils ont fini par obtenir des extensions dont, seule aujourd'hui, la législation fiscale répudie les conséquences (1).

(1) L'exonération de toute redevance seigneuriale que, dans le droit féodal, le partage ordinaire tenait, ainsi que nous l'allons voir, de la *nécessité* de son être, avait été assez logiquement étendue à la licitation et à la soulte de partage, desquelles on pouvait dire aussi : *sunt non voluntatis sed necessitatis*. Quand, plus tard, à la faveur même de cette exonération et de leur similitude plus apparente que réelle avec le partage ordinaire, la licitation et le partage avec soulte se furent fait admettre dans le droit civil, comme également *déclaratifs* et non point attributifs de propriété, ils y conservèrent cette qualité (art. 883). La législation fiscale, elle, revenant en arrière et tenant plus de compte de la réalité que des apparences, limite l'application de la règle en question au

Un jurisconsulte romain les avait entrevus, ces principes ; mais il avait été repris avec une grande vivacité par Labéon, qui, avec d'autres de son école, n'y voyait qu'une erreur juridique : *Ego hoc falsum puto*, s'écrie dédaigneusement ce prudent dans la loi 31, au Digeste, *de usu et usufructu.*

A Rome donc, le partage était tenu pour *translatif.* On y voyait, tantôt une vente, tantôt un échange (LL. 1, C., *com. utr.;* 77, § 18, ff. *de. leg.*, 2°; 20, ff. *fam. ercisc.*).

C'est à nos feudistes qu'était réservé l'honneur de corriger, à leur tour, Labéon. Le travail fut lent et pénible. Il ne fallut rien moins que la souplesse et la persévérance qu'ils mirent au service de la vassalité luttant sous les étreintes de la féodalité pour en venir à bout.

98. — Suivant la vieille maxime : *nulle terre sans seigneur*, toute propriété territoriale dut reconnaître deux maîtres, liés entre eux par de mutuelles obligations qui, à l'origine, eurent pour conséquence de mettre obstacle à toute aliénation du vassal sans l'agrément de son seigneur.

partage simple et ordinaire, en l'exonérant de tout droit proportionnel (L. du 22 frim. an VII, art. 68, § 3 2°), pour soumettre, au contraire, la soulte et les parts et portions de biens indivis acquis par licitation au droit de vente (art. 69, § 5 6° et § 7 4°). — Nous conclurons, avec le regretté président Nicias Gaillard (*Rev. crit.*, t. VII, p. 498 et suiv.), qu'il est plus aisé de donner la raison historique que d'expliquer logiquement la différence existant sur ce point entre la loi civile et la loi fiscale. Mais nous dirons aussi que, dans ce conflit de la loi fiscale avec le droit civil, la distinction qui sert de base à la première est seule rationnelle; que l'assimilation faite par l'art. 883 du Code civil de la licitation et du partage accompagné de soulte avec le partage ordinaire, n'a rien de réel. Elle ne repose, ainsi que le dit cet article, que sur une fiction.

Les fiefs cependant étaient héréditaires, et, si partager était aliéner, la logique aurait voulu que le partage ne s'en pût opérer qu'avec le consentement du seigneur. Il n'en fut rien cependant : considéré comme acte nécessaire, *non voluntatis sed necessitatis*, le partage fut affranchi de cette entrave, et, plus tard, quand les fiefs, ayant perdu de leur caractère militaire, le seigneur, prisant moins la personnalité du vassal que l'utilité pécuniaire qu'il pourrait tirer de sa terre, fut parvenu à ériger en principe que l'obligation de recourir à l'intervention du maître trouverait son équivalent dans celle pour le vassal de lui payer tribut à chaque mutation, ce profit féodal ne put trouver à s'exercer sur le partage, exonéré de tout temps de la gêne dont il représentait le rachat. (Comp. Championnière, *Rev. de lég.*, t. VII, 1838, p. 405.)

La raison tirée de la nécessité même du partage n'avait évidemment rien de juridique. On ne saurait expliquer doctrinalement l'exonération dont il était ici l'objet; car toute aliénation, nécessaire ou non, sous un nom ou sous un autre, semble bien devoir rester sujette, suivant une observation de M. Nicias Gaillard, au droit de mutation. Les feudistes s'en étaient contentés pour exonérer la vassalité du recours à l'intervention du seigneur suzerain d'abord, de l'obligation de lui payer tribut ensuite. Mais leur logique protestait contre toute possibilité d'intrusion de la règle dans le droit commun.

Avec le temps, on avait fait un pas de plus : la dispense même du paiement du droit avait fait mettre en

doute le caractère d'aliénation qui avait été précédemment reconnu au partage : *Divisio proprie alienatio intelligi non potest, cum necessariam causam habet*, disait un commentateur (Pontanus sur Blois, 88).

La pratique était arrivée à ce résultat par le chemin que voici :

Elle avait commencé par exonérer le partage du paiement du droit, par le motif qu'il était dans les nécessités de la situation, *habens alienationem inclusam in se* (d'Argentré sur Bretagne, art. 73). Plus tard, prenant l'effet pour la cause, elle était arrivée à dire que le partage ne pouvait pas être *translatif*, par la raison qu'il était affranchi des droits de lods et ventes. (Comp. Championnière, *l. c*, *passim*, et p. 428.)

99. — C'est au moyen de ce faux passeport qu'après être demeurée longtemps cantonnée aux lieux mêmes où elle avait reçu le jour, la maxime que le partage est *déclaratif* chercha à pénétrer dans le droit civil. Repoussée par les romanistes, dont le sens juridique ne pouvait se plier aisément aux raisons qui lui avaient servi de fondement, elle eut beaucoup de peine à s'y faire admettre. Elle trouva la plus vive résistance chez le célèbre Dumoulin, qui, dans l'ardeur de son indignation, n'hésita pas, ainsi qu'il se complaît à nous le dire lui-même, à braver la fièvre d'automne dont il était atteint, *quartana et autumnali febre laborans*, pour protester énergiquement contre la doctrine qui se faisait jour. (Sur Paris, tit. *Des Fiefs*, § 1, glos. 9, n°s 43 et suiv.)

Efforts impuissants, qui n'eurent d'autre résultat que

de prolonger la lutte, et d'ajourner l'adoption définitive de la théorie nouvelle.

La question avait été souvent soulevée à l'occasion des effets attachés aux actes pratiqués sur les biens durant leur indivision; mais jamais elle ne s'était posée d'une façon aussi franche et aussi nette qu'au sujet du sort réservé à l'hypothèque créée sur un fonds indivis. La loi romaine la résolvait textuellement en faveur du créancier. Tous ceux qui, tenant plus de l'école que du palais, rattachaient toutes leurs solutions à cette législation mère, n'hésitèrent pas à donner, comme celle-ci, gain de cause aux tiers: *Non mutat causam pignoris, sicut nec alienatio ulla*, disait Cujas en résumant l'opinion commune de la chaire. Les praticiens avaient fini par l'emporter; mais il leur avait fallu, pour cela, changer d'argument. Le succès définitif, en effet — il ne pouvait l'être qu'à cette condition — fut dû à la découverte de la seule et vraie raison de décider:

100. — Des jurisconsultes, consultés avec Dumoulin sur une question dont la solution devait dépendre de l'effet qui serait attaché au partage, avaient fait entendre cette nouveauté, que cet effet était *rétroactif*, et que, par la vertu de cette *rétroactivité*, l'héritier était censé avoir été propriétaire *ab initio* du lot qui lui était attribué.

Ce mot était le trait qui devait porter la lumière dans cette matière jusque-là ténébreuse; c'était le fil conducteur qui devait donner une issue au labyrinthe; c'était le coup de grâce porté à la théorie du droit ro-

main, l'exaltation de l'idée de Trébatius et l'humiliation de celle de Labéon; c'était la solution depuis longtemps poursuivie. La jurisprudence s'en empara; les docteurs y conformèrent leur doctrine, et tous répétèrent avec les arrêts, sans paraître se souvenir ou se douter de la peine que la vérité juridique avait eu à se faire jour, que le partage était *déclaratif*, et employèrent pour exprimer cette opinion la formule même que nous trouvons reproduite par l'art. 883 de notre Code.

Notre preuve est faite : c'est, ainsi que nous le disions en commençant cette dissertation, au progrès des idées juridiques que nous devons la règle consacrée par l'art. 883 du Code civil. Le partage ordinaire, sans mélange de licitation ou de soulte, est *déclaratif* et non *attributif*.

Rien de plus vrai ! l'indivision dans laquelle se trouvent les cohéritiers est, en effet, nécessairement soumise à la condition du partage, et, par l'effet de la rétroactivité attachée à l'accomplissement de la double condition, suspensive d'une part, résolutoire de l'autre sous laquelle possède chaque héritier, celui-ci se trouve « avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

Où serait la fiction dont il est si souvent parlé à l'occasion de la règle de droit dont nous venons de toucher la source ? Nous déclarons ne pas l'apercevoir en dehors du cas où le partage revêt le caractère ou la forme de la licitation, ou bien se trouve accompagné

de soulte. Il n'y en a pas plus, dirons nous avec M. de Valroger (*Rev. crit.*, t. VII, p. 107), dans l'article 883 que dans l'art. 1179, dans l'effet rétroactif attaché au partage que dans l'effet rétroactif attaché à l'accomplissement de la condition suspensive ou résolutoire.

101.—Cette situation ainsi établie, les conséquences en découlent d'elles-mêmes en ce qui touche notre thèse. Il ne reste plus qu'à rappeler, en effet, qu'en disposant pour le temps où il aura cessé d'exister, le père de famille se borne à remplir l'office des parties ou celui du juge; que le partage auquel il se livre, ne différant en rien de celui auquel auraient à se livrer ses héritiers, constitue moins pour ceux-ci, suivant une manière de parler de Henrys, à l'occasion du partage ordinaire « une *acquisition* qu'une *simple distinction des portions*, qui seraient nées confuses » liv. IV, *Quest.*, 173, n° 5); que ce partage n'a d'autre effet juridique que de leur faire arriver à l'état de succession partagée ou divisée une hérédité dont la division serait entrée dans leurs obligations.

En quoi cette opération ressemblerait-elle à une attribution? Nous n'y apercevons, quant à nous, qu'un acte de simple distribution. Le père qui partage purement et simplement ses biens entre ses enfants dans la forme testamentaire *n'exerce pas une libéralité.*

102. —Nous ne saurions partager sur ce point les appréciations de M. Genty qui, dans une première partie de son livre, ne voit dans le partage testamentaire qu'un acte de *véritable attribution.*

L'erreur de l'auteur procède de celle dans laquelle il est d'abord tombé au sujet du partage du droit commun, avec lequel il le compare d'ailleurs avec raison, et ne présentant à ses yeux « qu'un acte *attributif* analogue à l'échange. » Nous n'admettons nullement avec le savant auteur que « l'ascendant, par cela seul qu'il assigne à un descendant tels objets déterminés pour sa part, *dispose* en sa faveur des portions qui seraient revenues à ses cohéritiers dans ces objets, en même temps qu'il *dispose* à son préjudice de celles qui lui seraient revenues à lui, dans les objets assignés aux autres ; que le partage (testamentaire) est bien réellement, au fond, de la part de l'ascendant, un acte de *disposition à titre gratuit* » (p. 80).

Le rôle du père de famille est plus modeste : il exerce simplement un jugement, comme le dit M. Coin-Delisle, sur les effets individuels de la délation des biens à opérer par la loi ; il ne donne pas.

M. Genty ne s'aperçoit pas que sa doctrine rétrograde nous reporte à celle bien surannée de Labéon et de ses pairs, sans tenir compte des changements survenus dans la jurisprudence, et dans les principes de la matière, sans se préoccuper des travaux des feudistes, des Bacquet, des Chopin, des Coquille, des Louet, des Lebrun, des Henrys, des Bourjon, des Pothier, de Henrion de Pansey lui-même, résumés par notre art. 883, dans les termes mêmes où s'était formulée la pensée commune.

103. — Le savant auteur est beaucoup mieux inspiré quand, dans une autre partie de son livre, il nous

dit : « La seule fin que se propose un ascendant en faisant le partage de ses biens pour après sa mort, c'est de remplir lui-même l'office qu'aurait à remplir le juge, en cas de désaccord ou d'incapacité des descendants. Or l'office du juge serait de partager la succession légitime, *sans détruire les effets résultant de la vocation de la loi, en prenant, au contraire, ces effets pour règle et pour base de son* OPÉRATION. De même, l'ascendant prend pour règle et pour base de son opération la vocation établie par la loi : il n'agit qu'en prévision de cette vocation. *Il n'entend y rien ajouter, ni en rien retrancher;* il entend la laisser subsister avec toutes ses conséquences, *même en ce qui concerne les biens qu'il partage; sauf qu'il fait d'avance*, qu'il prévient une *opération qu'elle devait amener à sa suite* » (p. 197). Et ailleurs encore : « La circonstance que le partage peut, dans une certaine mesure, contenir des avantages indirects ne saurait non plus le faire sortir de la classe des actes de *simple distribution*, puisque, en droit, ce ne sont point des avantages proprement dits, mais de *purs accidents de fait* » (p. 198).

On ne saurait mieux dire. Les avantages indirects qui peuvent résulter du partage ne sont, en effet, que de purs accidents qui ne tiennent en aucune façon du droit. Appliquant ici au partage d'ascendant une règle écrite pour le partage du droit commun, le législateur considère les inégalités que peut renfermer ce partage comme n'existant pas, tant qu'elles n'excèdent pas le quart (887-1073). Ces inégalités-là sont la part

nécessaire laissée à l'erreur, à l'incertitude des évaluations.

On ne peut donc qu'approuver le langage que tient ici l'auteur. Mais comment n'y pas voir une contradiction avec les paroles que nous avons d'abord relevées chez lui ?

Il est vrai, la prévoyance paternelle fait, ainsi que nous l'avons dit nous-même, parvenir aux héritiers la succession toute partagée, au lieu de la leur laisser arriver indivise. Exercée sous la forme testamentaire, elle indique, détermine, juge souverainement de quels objets certains les enfants se trouveront individuellement saisis, du jour de son décès, à titre successif et non à titre de legs. Chacun d'eux reçoit du testament *in solidum* des objets que la loi leur aurait laissé le soin de partager. En cela faisant, en assignant à chacun ce que la loi leur attribue en commun, l'ascendant que fait-il autre chose que prêter son ministère à la loi elle-même, que se faire son exécuteur *officium arbitri præveniendo ?*

« Il ajoute incontestablement, nous est-il répliqué, à l'attribution légale, puisque les biens qu'il partage *n'auront plus*, par suite du partage qu'il en fait, *le sort et la condition* qu'ils auraient d'après la disposition seule qu'en fait la loi » (p. 81).

Nous le voulons bien ! Il y a modification dans la situation des choses ; le père de famille ajoute, ainsi que nous l'avons précédemment reconnu, à la disposition légale, ou, si on l'aime mieux, il retranche aux droits des parties, à la liberté qu'elles auraient eue de par-

tager elles-mêmes ; mais il ne *dispose* de rien : il restreint le droit de chacun plutôt qu'il ne l'augmente ; il dégage ce droit ; il *dévestit*, comme dit un vieil auteur, il *n'investit* pas ; pour tout dire d'un mot, il réglemente : ce n'est qu'une question d'ordre.

Il n'en faut pas davantage pour motiver la forme testamentaire imposée par l'art. 1076 à la volonté qui se fait jour. Mais argumenter de cette disposition même, pour en conclure que le partage par acte de dernière volonté constitue en soi un acte *dispositif* ou d'attribution, quand il laisse absolument intacte la vocation légale et les effets essentiels de la saisine héréditaire, c'est, si nous ne nous trompons nous-même, résoudre la question par la question, attacher plus d'importance qu'elle n'en comporte à chacune des expressions de l'art. 1076, et oublier que cet article n'a pas eu seulement en vue le partage testamentaire, qu'il s'applique également au partage par acte entre vifs, dont nous parlerons bientôt, et auquel ne saurait être disputé le caractère *attributif* qu'ici nous contestons formellement au partage par testament.

104. — Ces lignes étaient écrites quand est parvenue à notre connaissance la savante critique dirigée par M. Bertauld, dans la 2e série de ses *Questions pratiques et doctrinales* contre plusieurs des idées reçues en matière de partage d'ascendant, et particulièrement contre celle qui sert de fondement à notre thèse. (V. notamment nos 133 et suiv.)

Pour le savant professeur, le partage testamentaire de notre droit actuel ne renferme, dans les rapports

de l'ascendant avec les descendants, qu'une réunion de *legs individuels* distribuant une sorte de *legs collectif*, et l'acte n'a le caractère de partage que dans les rapports des copartagés. La saisine de ceux-ci ne tiendrait en rien à la vocation légale, elle ne procéderait que du testament qui, contrairement aux traditions de notre ancien droit, ne ferait que des *légataires* et non des *héritiers*. C'est même à la résistance de ces traditions et à leur puissance d'altération sur l'institution nouvelle que l'auteur attribue l'erreur dont, suivant lui, serait inficiée la doctrine dont nous nous portons ici le défenseur.

Nous n'éprouvons pas le besoin de nous défendre d'avoir cédé, dans les développements auxquels nous venons de nous livrer, à aucun ressouvenir de notre ancienne *Démission de biens* qui, dans cette discussion, n'a vraiment rien à faire. Nous ne voyons pas, d'un autre côté, sur quels documents se fonderait M. Bertauld pour récuser toute communauté d'origine entre notre partage testamentaire actuel et celui de notre ancien droit.

Serait-ce donc parce que les dispositions qui régissent celui-là sont écrites au titre *Des Donations et Testaments* au lieu de l'être, comme pour celui-ci, au titre *Des Successions* qu'ils seraient sans aucun lien de filiation entre eux (M. Bertauld, *l. c.*, nº 144), ou serait-ce, ainsi que le prétend encore le savant auteur, parce que la forme exceptionnelle, privilégiée du testament *inter liberos* des anciens principes serait sans application à notre partage testamentaire

actuel, que celui-ci ne produirait plus que les effets ordinaires du testament, et qu'il ne serait plus possible de répéter avec Coquille que « chacun prend en qualité d'héritier et que s'il ne prend en cette qualité il n'aura rien? »

Nous ne saurions admettre, avec notre savant contradicteur, que le partage testamentaire de l'ancien droit n'a dû de n'être qu'une exécution de la dévolution de la succession *ab intestat*, qu'à son affranchissement des conditions du testament du droit commun (n° 137). Combien n'est-on pas plus fondé à soutenir que ce partage n'était, au contraire, affranchi des conditions du testament ordinaire que parce qu'on ne voyait en lui qu'une exécution de la dévolution de la succession légitime? C'est ce qui ressort manifestement de l'exposé historique que nous avons fait de ce partage et de sa formation.

Nous avons expliqué aussi, sans qu'il soit nécesssaire d'y revenir, pourquoi, sans rompre, quant au fond, avec le partage testamentaire de l'ordonnance, le Code avait été logiquement amené à le soumettre à la règle du testament du droit commun (n° 74). Et certes il n'y a rien, dans les causes de ce changement, d'où se puissent induire les profondes modifications signalées par M. Bertauld.

105. — Nous ne pouvons donc que maintenir avec fermeté notre première conclusion : Le partage testamentaire du Code civil est purement *distributif*. La vocation des copartagés reste légitime : ils recueillent en qualité d'héritiers, et non à titre de légataires.

Cette prémisse établie, nous aurons à en tirer plus tard les conséquences (n°s 421 et suiv.).

106. — Énoncer, avons-nous dit précédemment, qu'un père peut distribuer ses biens entre ses enfants par *donation entre vifs* avec les formalités, conditions et règles particulières à cet acte, ce n'est pas, grammaticalement, énoncer que cette distribution soit une donation. Si évidente qu'elle soit, cette proposition ne saurait être séparée de cette autre, d'une vérité non moins certaine, formulée par Pothier dans une matière qui n'est pas la nôtre, que les actes *suivent la nature* de celui des deux modes de dispositions au moyen duquel ils se produisent (*Subst.*, sect. I, art. 2).

L'application de cette règle à notre sujet nous fournit une première preuve du caractère à assigner au partage par acte entre vifs.

Aussi répéterons-nous ici qu'il serait difficile de lui contester celui de l'acte à titre gratuit, de la donation entre vifs. (Comp. n° 83.) Ce n'est pas seulement la forme de cette donation qu'il emprunte : aucun de ses attributs les plus essentiels qu'il ne lui prenne également. L'effet en est actuel, et, comme dans la donation ordinaire, cet effet est irrévocable, à la différence de ce qui avait le plus habituellement lieu pour l'ancienne démission de biens.

A de tels indices, comment ne pas reconnaître la donation entre vifs? Inutile d'insister sur ce point : le partage entre vifs est un acte à titre gratuit, et participe de la donation entre vifs.

107. — N'est-ce que cela? nous l'avons dit, c'est surtout un *partage;* partage de biens présents, nous dit la loi (1076). C'est une donation-partage, suivant le langage de la pratique.

Donation! partage!... deux idées qui se heurtent en apparence. Si la donation implique celle de libéralité spontanée, *nullo jure cogente*, le partage emporte celle de choses déjà nôtres. Si la donation procède d'un tiers, comment séparer de la notion du partage celle d'une propriété déjà commune entre ceux appelés à y prendre part?

Où donc trouver l'idée mère de la donation singulière dont il est ici question?

108. — MM. Genty (p. 214 et s.), Demolombe (XXIII, nos 122, 134, 135 et 220) et Lyon-Caen (n° 56) ont cru l'apercevoir dans la donation en avancement d'hoirie. Suivant ces savants auteurs, l'institution *sui generis* dont il est ici parlé ne constituerait point une disposition double, ainsi que nous le soutiendrons bientôt, tenant simultanément de la donation entre vifs et du partage. Ils repoussent, dans le partage par acte entre vifs, la coexistence de deux actes qui leur semblent absolument incompatibles entre eux, la donation et le partage : la donation, acte des vivants, le partage supposant une succession ouverte.

Pour eux, cette simultanéité d'êtres n'a ni ne saurait avoir lieu. Ce qu'il y a, c'est une *donation entre vifs;* ce qu'il *pourra* y avoir un jour, c'est un *partage de succession*. Si la première est née et actuelle, l'existence du second est future et subordonnée à la

réunion des trois conditions suivantes : *existence*, *habileté* et *acceptation de la succession* de la part des donataires. Ce qui se fait actuellement, c'est une donation, donation de biens présents (1076) au profit de personnes dès à présent désignées comme appelées à les recueillir un jour à titre successif. Au delà de cette donation, rien de présent ; tout est ajourné et éventuel. Ajourné au décès de l'ascendant donateur, seule époque où sa succession s'ouvrira. Éventuel ; car rien n'assure que les donataires seront encore là pour, non point *recueillir* une succession dont l'émolument est déjà en leurs mains, mais pour souscrire à la transformation en biens héréditaires des choses qu'ils avaient précédemment acceptées à titre de donation. Rien ne garantit, disons-nous, que les donataires n'auront pas cessé de vivre ; qu'ils ne seront pas frappés d'indignité, ou qu'ils ne préféreront pas leur titre actuel à celui d'héritiers ; qu'ils ne répudieront pas celui-ci pour conserver celui-là (845).

Dans ce système, l'acte que nous analysons réunit en soi deux éléments distincts : l'un qui est actuel et certain, et qui *le fait donation ;* l'autre, n'existant encore qu'en germe, et dont l'éclosion future est subordonnée à l'ouverture de la succession et à son acceptation, *le fera partage.*

Telle est la donation-partage. Dans le présent, c'est une *donation entre vifs,* et rien de plus ; donation sans mélange de partage de succession, ou de biens rendus *communs* entre les donataires par la donation collective qui s'en est faite ; *partage de succession* dans

l'avenir, si les conditions d'où dépend son existence viennent à se réaliser.

109. — Cette importante prémisse d'où l'on fait découler — comme les effets de leur cause — la solution des principales difficultés de la matière, nous paraît manquer d'exactitude.

Ce n'est point le partage éventuel de son hérédité que se propose le père de famille. Il distribue *actuellement* et irrévocablement ses biens *présents* pour prévenir la nécessité de pareille répartition après sa mort. S'il ne met pas fin à une indivision qui n'existe pas encore, il a pour objet de la prévenir. En disposant dans cette forme, il ne se borne pas à indiquer la manière dont sa succession future sera distribuée entre ses héritiers ; il se dessaisit immédiatement en faveur de chacun de ses enfants, qui l'accepte, de la portion que le partage lui assigne. *Ce partage* est donc, *dès à présent*, *complétement et irrévocablement exécuté*. Rien, conséquemment, de futur et d'éventuel.

Les raisons d'analogie tirées de la donation par avancement d'hoirie n'ont donc rien de fondé. La différence des situations est sensible : si la donation en avancement d'hoirie produit, pendant la vie de l'ascendant, tous les effets de la donation ordinaire, si, comme celle-ci, elle saisit immédiatement le donataire des objets donnés et lui permet d'en disposer à son gré, elle n'en reste pas moins éventuelle et résoluble en ce qui concerne les cohéritiers, et *rapportable* à la masse commune si le donataire arrive à la succession du donateur. Il en est autrement dans la donation-

partage. Exonéré du rapport de l'objet donné, l'enfant ne le rend pas à la masse pour prendre ensuite un lot dans cette masse. C'est l'objet de la donation *qui forme son lot*. Il lui est acquis quels que soient les événements ultérieurs, qu'il soit acceptant, renonçant ou indigne. Il lui est acquis à titre successif, s'il y a de sa part acceptation de l'hérédité, à titre de donation s'il y renonce ou s'il est frappé d'indignité.

110. — Dans un premier système auquel n'a fait que succéder celui que nous venons de réfuter, le partage par acte entre vifs nous offrait l'image d'une succession déjà ouverte *par anticipation*, comme on disait assez improprement de la démission de biens. L'élément héréditaire était prédominant. La succession dès à présent ouverte faisait, du vivant même de l'ascendant, des *héritiers* des enfants copartagés, et non plus seulement des *donataires*. Il y avait analogie entre eux et les démissionnaires de l'ancien droit, avec cette capitale différence pourtant que, leur titre étant *irrévocable*, il y fallait voir une sorte d'abandonnement absolu devant, à raison même de son irrévocabilité, être considéré comme une succession *dès à présent* disponible.

Ce système absolu, prenant le contre-pied de celui que nous avons formulé en premier lieu, faisant absorber la donation par le partage, en faisant de celui-ci l'élément capital de l'opération et en déniant à celle-là son caractère ordinaire, pour n'y voir qu'une sorte de démission irrévocable et formant, par cela même, un titre définitif, a commencé par trouver d'imposants

appuis dans la jurisprudence (req., 4 février 1845; Dall., XLV, 1, 49). Il est assez généralement abandonné aujourd'hui (V. arrêts cités sous le n° 236), et ce n'est vraiment pas sans raison.

111. — Comment admettre, en effet, sans violation des règles les moins contestables de la matière, que, du vivant même de l'ascendant, la succession de celui-ci puisse être considérée comme ouverte? Ne serait-ce pas la méconnaissance la plus complète des principes dont nous avons vu la consécration dans notre ancien droit, trouvant sous la plume de Pothier leur traduction dans la maxime : *nulla viventis hæreditas*, et reproduits par l'art. 718 de notre Code, nous répétant que les successions ne sauraient s'ouvrir qu'à la mort? Comment, en présence de principes aussi nettement accusés, ne voir qu'un partage ordinaire de succession dans la disposition qui, du vivant du père de famille, investit ses enfants?

Le moyen de concilier pareille doctrine avec cette première circonstance que rien n'oblige l'ascendant à comprendre, dès à présent, dans son partage tous ceux que la loi appelle à sa succession (1078), avec cette autre considération non moins concluante que si des descendants apportionnés dans le partage peuvent ne jamais arriver à la succession pour cause de prédécès, renonciation ou autrement, d'autres, que ce partage avait laissés à l'écart, pourront s'y faire admettre plus tard en provoquant une nouvelle distribution des biens précédemment partagés par l'ascendant, ou, plus simplement, quand les uns qui n'étaient pas donataires

peuvent devenir héritiers, tandis que ce titre pourra n'appartenir jamais à d'autres qu'avait compris l'opération du père de famille (1).

« Double preuve, fait justement remarquer M. Demolombe, qui témoigne que l'acte n'est en effet, tant que l'ascendant existe, qu'une donation entre vifs sans mélange de succession, et que les enfants sont à considérer, non comme des héritiers, mais comme de simples donataires » (XXIII, n° 122).

112. — M. Coin-Delisle, dans sa défense d'un arrêt de la Cour de Rouen du 25 avril 1853 (*Rev. crit.*, VII, p. 16 et suiv.), résiste énergiquement à ces conséquences.

Pour le savant auteur, comme pour la décision judiciaire dont il défend la doctrine, le partage d'ascendant ne constitue qu'un simple abandon par le père de famille de ses biens actuels en faveur de ses enfants, effaçant entièrement l'ancien droit de propriété du disposant. « Le partage d'ascendant n'est pas une libéralité par avancement d'hoirie ou par préciput, avait commencé par nous dire la Cour de Rouen, c'est un partage définitif. »

Le partage d'ascendant est définitif. Nous n'avons point à le nier. Il est définitif, irrévocable, comme la donation entre vifs dont il offre une modalité.

Erreur, nous est-il répliqué par le savant critique. Le partage d'ascendant n'est pas *une donation entre*

(1) Il est incontestable que les donataires peuvent, en renonçant, conserver la donation (art. 845), différence avec le démissionnaire qui renonçait à la succession du démettant. On ne lui a assigné un lot, disait Pothier, que pour le cas où il serait héritier.

vifs: il se borne à en *revêtir les formes*. Il met les biens hors du patrimoine, comme le ferait une renonciation, une abdication, une perte volontaire de la chose. On n'y saurait voir une *vraie libéralité;* les biens abandonnés sont hors du patrimoine, ni plus ni moins que les biens aliénés ou perdus. Les preuves de tout cela! on les tire de l'esprit de la loi et de ses textes.

De l'esprit de la loi! ce n'est pas l'*animus donandi* qui pousse le père de famille; ce n'est pas le désir d'aliéner. C'est à un motif de prévoyance ou à une défiance de soi-même ou de ses facultés affaiblies qu'il obéit; c'est au besoin de conserver ses biens à sa famille ou de remplir un devoir pieux qu'il sacrifie. Il serait téméraire de traiter comme donation un acte que la loi qualifie de *partage*.

Ces considérations sont-elles bien décisives? nous ne le saurions croire. Quand il serait vrai que la pensée de se démettre prématurément de son patrimoine ne serait pas venue au père de famille sans les fatigues de l'âge, sans la crainte de voir péricliter en ses mains des biens dont l'administration lui est devenue pénible, sans le désir de favoriser l'établissement de ses enfants, et de leur mieux conserver son avoir, s'ensuivrait-il que la volonté de donner fût absente; que l'âme de la donation entre vifs fit défaut au moment où il s'est démis?

Assurément non. De son vivant, le père de famille ne doit à ses enfants aucune partie de sa fortune. Elle est à sa libre disposition, et lorsqu'il partage ses biens entre eux, il agit spontanément; il n'obéit à au-

cune contrainte : il cède à ses inspirations personnelles, *nullo jure cogente*. Peu importe les voies par lesquelles l'esprit de libéralité a pénétré dans son cœur : il a voulu donner, et cela suffit. A ce signe se reconnaît la donation entre vifs, avec ses conséquences ordinaires.

La loi dit *partage,* et vous qualifiez *donation entre vifs !* nous sommes bien près d'une dispute de mots. N'avons-nous pas déjà répondu avec Pothier que les actes suivent la nature de celui des modes de dispositions qui lui servent à se produire ? n'est-il pas de règle, d'ailleurs, dans notre droit nouveau, qu'il n'y a plus que deux sortes de dispositions à titre gratuit : la donation entre vifs et les legs ? et on voudrait que le partage d'ascendant en constituât une troisième, avec ses effets tout à fait indépendants des deux autres, aux formalités, conditions et règles desquelles l'assujettit pourtant l'art. 1076 !

On prétend enfin que la démission de biens, avec le caractère d'irrévocabilité que lui reconnaissaient quelques-unes de nos provinces coutumières, a survécu, et on entend tirer la preuve de cette dernière assertion de l'histoire de la rédaction de notre art. 1076.

113. — Nous avons reconnu nous-même que le projet Jacqueminot et celui de l'an VIII se bornaient à prononcer l'abolition de la démission de biens *révocable;* nous avons rappelé comment, à la suite d'une observation du Tribunat, cette rédaction avait disparu. La seule conséquence qu'il nous a été permis d'en tirer, c'est que la suppression de la démission de biens

avait été motivée par les nombreux inconvénients attachés à sa révocabilité et à l'incertitude de ses principes. (Comp. n° 72.) Aller jusqu'à conclure des procédés du législateur que la démission de biens a été maintenue par lui avec le caractère que lui avaient reconnu d'Argentré et les autres juriconsultes bretons ; que le Code reconnaît aujourd'hui une démission de biens *irrévocable,* n'ayant aucun des caractères de la libéralité, ne constituant que « le partage de ce qu'un père a remis à ses enfants à titre *successif*, de son vivant, » ce n'est pas seulement faire violence aux textes qui passent cette démission sous silence, c'est bien plus encore faire violence à l'esprit général de nos lois nouvelles, à tout ce qui s'induit des discussions dont leur rédaction a été l'objet ; c'est introduire dans le Code ce que ses auteurs en ont manifestement écarté (1) ; c'est méconnaître les conséquences de son art. 718 et de la maxime *viventis non est hæreditas ;* c'est oublier enfin que, le décès sans enfants de l'un des héritiers démissionnaires avant le démettant, ou sa renonciation, anéantissant son droit héréditaire, la démission devenait nulle en sa personne, et qu'il en est autrement du partage entre vifs. (V. *inf.*, n° 531.)

Ce système ne pouvait prévaloir, tant ses consé-

(1) On lit dans l'exposé des motifs : « Les père et mère pourront, dans les actes de partage, imposer les conditions qu'ils voudront, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux règles qui viennent d'être exposées, et suivant lesquelles les *démissions de biens*, SI ELLES AVAIENT ÉTÉ AUTORISÉES, *eussent été déclarées irrévocables.* » (V. Fenet, t. XII.) Le tribun Jaubert ajoutait : « Le projet ne parle pas des démissions de biens : *elles ne sont donc plus autorisées.* » (V. Fenet, t. XII.)

quences étaient singulières. Considérés comme *héritiers* du vivant de l'ascendant, les descendants en avaient les actions, celle en rescision pour cause de lésion, voire même l'action en réduction pour atteinte à la réserve. Ils les avaient toutes, une seule exceptée cependant : ses partisans lui refusaient — par une évidente défaillance de logique — l'action en nullité de l'art. 1078. Ils étaient arrêtés par les termes mêmes de ce texte, renvoyant à l'époque même du décès l'exercice de la demande en nullité de l'opération et la provocation d'une nouvelle.

114. — Mais, si les donataires ne sont pas des *héritiers* avant l'ouverture de la succession ; si l'on est obligé de reconnaître qu'il serait par trop étrange, en effet, de traiter comme *cohéritiers* des personnes qui ne recueilleront peut-être jamais la même succession, est-on également fondé à leur contester le titre de *copartagés*, et à leur en refuser les droits ?

Cette question nous amène à l'examen du troisième système, qui occupe aujourd'hui une grande place dans la doctrine.

Sans aller jusqu'à considérer la succession comme dès à présent disponible, tout en reconnaissant même que l'ouverture de l'hérédité ne saurait être ainsi devancée, cette dernière théorie proclame que, si l'on ne peut voir que des *donataires,* et non point encore des *héritiers* dans les enfants ou descendants tant que l'ascendant existe, il est cependant impossible de ne pas tenir compte de cette circonstance, que les donations ont pour objet une masse *commune*, dont la

division constitue, sinon le partage d'une succession non encore ouverte, du moins celui de choses *indivises* entre ceux à qui il en fait des attributions particulières.

Dans ce système, le père de famille a commencé par saisir ses descendants par une donation *collective*, constitutive, pendant un instant de raison, d'une communauté de propriété entre ceux-ci, à qui la répartition en est faite aussitôt par le donateur au moyen d'attributions individuelles. C'est à l'aide de cette fiction — nous ne saurions donner un autre nom à l'attribution collective dont il est ici parlé — qu'on parvient à assurer à l'acte de l'ascendant le caractère du partage ordinaire, et à lui en attribuer les effets, du vivant même de celui-ci. C'est ainsi que les descendants se devront, dès à présent, la garantie de leurs lots (884) ; qu'ils jouiront du privilége des copartageants (2103-2109) ; c'est ainsi encore que, sans plus de difficultés, les actions en rescision pour cause de lésion (1079) leur seront ouvertes à compter du jour du partage, et que, conséquemment, la prescription en devra courir du jour même de cet acte, et non pas seulement de celui du décès de l'ascendant (M. Colmet de Santerre, 4, n°s 243 *bis* XIV, et 247 *bis* XII).

Si ingénieux que soit ce troisième système, si bien déduites qu'en soient les conséquences, nous ne saurions nous y rendre.

115. — Comme ses auteurs, nous admettons chez les donataires la qualité de *copartagés ;* mais ce que nous nions absolument, c'est la libéralité *collective*

qu'ils placent à la base de ce système, et dont ils tirent des conséquences que nous n'admettons qu'en partie.

On ne saurait contester qu'en faisant donation à ses enfants l'ascendant s'est surtout proposé de leur partager ses biens. La seconde de ces données ne saurait être séparée de la première. La donation n'a effectivement puisé sa raison d'être que dans le partage même, dont la réalisation a été pour elle le but à atteindre. C'est le partage *actuel*, *définitif*, *irrévocable* de ses biens présents que réalise l'ascendant.

Qu'on ne dise point que si la donation n'est ici que le moyen, la qualité de *copartagés* ne se peut cependant comprendre, chez les enfants, que réunie à celle d'*héritiers* (Demolombe, XXIII, 122); qu'en dehors de cette dernière qualité, on ne saurait trouver chez les donataires la raison des rapports qui naissent naturellement du partage.

Nous répondons qu'il suffit qu'il soit entré dans les intentions du père de famille que ses biens parvinssent à ses enfants à l'état de choses *partagées*, pour que le résultat ne puisse être évité d'une manière absolue. On comprendrait difficilement la nécessité de laisser en suspens *entre les enfants donataires* tous les rapports quelconques qu'engendre d'ordinaire le partage, tant que leur qualité d'héritiers n'est encore qu'en expectative.

Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait admettre, contre toute évidence, qu'en disposant de ses biens présents par donation entre vifs l'ascendant n'a entendu qu'in-

diquer la manière dont sa succession sera distribuée, ni plus ni moins que s'il eût eu recours à la forme testamentaire. Alors seulement il serait vrai de dire que, comme il ne saurait y avoir de succession partagée avant qu'il y ait succession, *prius est esse quam esse tale*, il y a nécessité d'attendre la réalisation de l'éventualité pour reconnaître aux donataires aucun des droits des copartagés.

Mais les choses procèdent autrement. C'est un *partage* que s'est proposé l'ascendant ; les descendants sont, *dès à présent*, ce qu'il a voulu qu'ils fussent : des donataires *copartagés*. Comment ne pas voir que donner à l'acte, du vivant même de l'ascendant, la qualification de partage, et refuser indistinctement aux enfants *tous* les droits destinés, dans la législation sur les partages, à assurer à chacun son lot, serait méconnaître à cet acte les conséquences de l'intention présumée du disposant ; que celui-ci se trouverait avoir qualifié partage un acte qui n'en aurait peut-être jamais le caractère et les effets, bien que la loi l'autorise expressément à le faire ; que l'ajournement de *tous* les effets quelconques attachés au partage, sans en excepter l'exercice de l'action en paiement de la soulte placée au lot de l'un des donataires et *du privilége qui en est l'accessoire ordinaire* (2103), aurait pour conséquence la suppression même, pour l'un ou plusieurs des enfants, de toute part dans les biens paternels, contrairement à l'intention manifestée du père de famille ?

116. — Nous n'irons point jusqu'à prétendre que

tous et chacun des effets du partage ordinaire de succession sont, dès à présent, attachés au partage entre vifs. Nous ne le pourrions qu'à la condition de reconnaître, avec les auteurs auxquels nous répondons ici, la préexistence, entre les copartagés, d'une copropriété indivise à laquelle la répartition du père de famille a mis fin. C'est précisément là ce que nous ne saurions concéder, par la raison que le fait même de cette répartition implique contradiction avec toute idée de dessaisissement préalable — ne fût-ce que pendant un instant de raison — de la part de l'ascendant. On ne saurait, en effet, sans violation des règles les plus élémentaires de la matière, reconnaître à celui-ci le droit de soumettre à des attributions individuelles des biens dont il aurait déjà perdu la propriété.

La négation de l'attribution collective dont il est ici parlé n'infirme en aucune façon la solution précédemment indiquée. Elle laisse intacte la qualité de *copartagés* que nous avons reconnue aux descendants donataires. Il y a partage du père aux enfants, partage actuel, mais partage en un seul temps, d'un seul jet, s'il est permis d'ainsi parler. Ce ne sont pas des libéralités isolées, sans lien de subordination entre elles, que se propose son auteur. C'est en vue de sa succession future, et pour prévenir la répartition qu'auraient à s'en faire ses enfants après sa mort qu'il agit. C'en est assez pour constituer, dès à présent, à ceux qu'il gratifie la qualité de *copartagés*, pour leur conférer immédiatement les droits qu'implique *de nécessité* l'existence même de leurs allotissements; c'en est

assez pour donner ouverture à l'action en paiement des soultes ou sommes d'argent formant les apportionnements de certains d'entre eux, condition non moins essentielle, d'ailleurs, de l'exécution des donations mêmes que du partage, en ce qui concerne ceux à qui ces sommes ont été attribuées. (V. n° 482.)

Mais comme le partage en question n'a lieu qu'en vue de l'acquit d'une dette qui ne saurait se réaliser qu'au décès de l'ascendant, c'est à cette époque que devront être ajournées les réclamations de ceux qu'il aurait laissés à l'écart (1078); de ceux — nous en fournirons la démonstration dans la suite — qui auraient à se plaindre d'éviction (n° 486) ou de lésion (n°s 626 et suiv.).

117. — Concluons : Le partage dont nous cherchons à fixer ici le caractère est le partage actuel des biens présents de l'ascendant. Fait en vue de l'acquit d'une dette ne se devant réaliser qu'au décès de son auteur, les actions en sont généralement ajournées à cette époque, où il sera devenu le partage *de la succession* pour ceux des bénéficiaires qui feront acte d'acceptation, ou il sera resté partage ordinaire, au contraire, au regard de ceux qui répudieront l'hérédité, seront frappés d'indignité, ou bien auront payé tribut avant le disposant, sans laisser à leur survivance d'héritiers appelés à les représenter à la succession.

TITRE TROISIÈME.

DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES PARTAGES D'ASCENDANTS.

118. — Les conditions de validité des partages d'ascendants sont de trois sortes ; elles se rapportent : 1° aux personnes qui peuvent y concourir activement ou passivement ; 2° aux biens qu'ils peuvent embrasser ; 3° à la forme des actes qui les renferment.

L'examen de ces conditions fera l'objet de trois sections distinctes.

SECTION PREMIÈRE.

DES PERSONNES HABILES A FAIRE LE PARTAGE D'ASCENDANT, ET DE CELLES APPELÉES A Y PRENDRE PART.

119. — Les explications que comporte cette section sollicitent une nouvelle division.

Un premier chapitre sera consacré à la capacité active. Il sera traité dans un deuxième de la capacité passive.

CHAPITRE PREMIER.

DES PERSONNES HABILES AU PARTAGE D'ASCENDANT.

SOMMAIRE :

136. — 1° L'interdiction de l'ascendant n'a été ni prononcée ni provoquée.
137. — 2° On s'est borné au conseil judiciaire.
138. — 3° La poursuite en interdiction avait été rejetée.
139. — 4° La poursuite avait abouti à la dation d'un conseil à l'ascendant.
140. — 5° L'ascendant est dans les liens de l'interdiction. — Distinction.
141. — Le partage postérieur à l'interdiction est nul.
142. — Suite. — Rejet d'une distinction.
143. — Conclusion.
143 *bis*. — Cas où le conseil de famille pourrait faire le partage de l'ascendant.
144. — Incapables de faire le partage entre vifs, le prodigue et le faible d'esprit pourront faire le partage par testament.
145. — Le partage de l'ascendant retenu par mesure administrative dans un établissement reste soumis à l'application des art. 901 et 902.
146. — Incapacité absolue de l'ascendant condamné à une peine afflictive perpétuelle.
147. — Controverse relativement à la capacité de l'ascendant frappé d'interdiction légale par suite de condamnation judiciaire;
148. — Résolue par une distinction.
149. — Autre distinction relativement à la capacité de l'ascendant mineur.
150. — Suite.
151. — Nécessité pour la femme mariée de l'autorisation maritale pour le partage entre vifs.
152. — Réfutation d'une distinction.
153. — Inutilité de cette autorisation pour le partage testamentaire.
154. — L'autorisation résultera de la seule présence du mari à l'acte.
155. — *Quid* de la capacité du sourd-muet?
156. — Incapacité résultant de l'état de faillite.
157. — Capacité de l'étranger non naturalisé.
158. — A quoi engage la promesse d'égalité. Si elle fait obstacle au partage.
159. — Renvoi pour conciliation de l'art. 1079 avec les art. 1082 et 1083.
160. — Les effets de la promesse d'égalité faite à l'un des descendants n'admettent pas de réciprocité.
161. — Fait-elle obstacle à ce que le disponible soit attribué à un étranger? — Controverse.
162. — Résolution négative.
163. — Cela ne s'entend que de la promesse d'égalité ordinaire.
164. — Toute obscurité dans la clause d'égalité tournerait contre le gratifié.

165. — L'ascendant se peut faire représenter par un porteur de sa procuration authentique.
166. — L'ascendant ne pourrait ratifier l'engagement pris en son nom par un tiers. — Erreur de M. Dalloz.
167. — La faculté conférée par l'art. 1075 est personnelle à l'ascendant. — Conséquence.

120. — Le *privilége* attaché par la loi au partage des ascendants s'explique par les règles de la réserve. Il tient en partie à ce que, pour ceux-ci, une portion seulement du patrimoine est disponible et que le surplus se trouve réservé au profit de leurs enfants ou descendants.

Quand le patrimoine tout entier est libre aux mains de son propriétaire, celui-ci trouve dans son droit absolu de disposition la faculté de donner à ses biens telle direction que bon lui semble. Rien ne saurait s'opposer à ce qu'en créant par sa libre volonté des droits au profit de qui lui plaît, il ne soumette ses dispositions aux conditions qui lui conviennent le mieux, à celles qui régissent le partage du droit commun aussi bien qu'à toutes autres. Dans ces conditions, l'institution spéciale qui fait l'objet de cette étude manquerait de toute raison d'être, l'idée de privilége qui s'y trouve attachée impliquant celle d'une règle contraire à laquelle il est dérogé.

121. — C'est ainsi que, dans le droit romain primordial où la faculté de disposition du citoyen était sans entraves, l'utilité du partage d'ascendant ne s'était pas révélée. La puissance discrétionnaire du vieux romain s'exerçant par les voies du droit commun, en faveur de qui lui convenait, dans des limites et des proportions

arbitraires, l'idée ne s'en pouvait guère présenter à l'esprit. (V., *sup.*, nº 5.) C'est ainsi encore, qu'aujourd'hui même, pour les collatéraux, dont le patrimoine ne connaît pas de portion réservée, pour les étrangers, pour qui tout est également, et à plus forte raison, disponible, le partage organisé par les art. 1076 et suivants est dénué d'intérêt, en ce sens que, libres de distribuer leurs biens comme ils l'entendent, entre leurs collatéraux ou des personnes étrangères, rien ne saurait les empêcher de soumettre leurs dispositions aux conditions qui leur conviennent, sans en excepter celles qui régissent les partages ordinaires.

La loi, fait remarquer avec raison M. Bertauld, n'avait pas à consacrer un pouvoir de distribution au profit du propriétaire qui a le libre, l'absolu pouvoir de disposition, parce qu'elle ne lui impose pas d'héritiers, et qu'il n'y a pas dans sa fortune de portion réservée... « S'il soumet sa distribution aux conditions des art. 1078 et 1079, en tant qu'elle les comporte, ce ne peut être que par l'effet de sa volonté. » (*Quest. prat. et doct.*, t. II, nº 4.)

Dans ce cas, en effet — c'est le point à noter — ce ne sont jamais que des *donations* ou des *legs* qui se font, c'est-à-dire une attribution de propriété, sans qu'à ces legs ou à ces donations soient attachées, à moins de déclarations bien expresses du disposant, plusieurs des conséquences ordinaires du partage, telles qu'elles résultent des art. 1078-1079 et de ceux qui en forment le complément au titre *Des Successions* (884 et suiv.). Il n'y a, comme le dit M. Ancelot,

qu'un partage de *fait*, et non un partage de *droit* (sur Grenier, n° 393, note 1).

122. — La loi n'avait donc à s'expliquer qu'au sujet des personnes dont le patrimoine est en partie réservé, c'est-à-dire des ascendants et des descendants.

En accordant ou, si on l'aime mieux, en reconnaissant aux premiers le droit de distribuer des biens dont ils n'ont pas la libre disposition d'après le droit commun, en leur permettant de comprendre dans leur distribution non-seulement la quotité disponible, mais encore la quotité réservée, le législateur ne s'est pas borné *à prévenir un doute, à exclure une objection*, ainsi que l'établit M. Bertauld (*l. c.*, n° 2) et que l'avait dit avant lui la Cour de Caen dans un arrêt du 2 décembre 1847, que nous reproduirons bientôt (*inf.* n° 129). Il a fait plus : il a créé un droit, fondé un pouvoir véritablement privilégié et exceptionnel en faveur des descendants, non point, ainsi que nous le dit le savant professeur, *par l'influence d'une tradition qui survit à ses causes*, car il n'y a rien de commun entre le droit exceptionnel créé par nos art. 1075 et suivants, ne portant que sur le fond, et le privilége de création romaine continué par l'ord. de 1735, et tenant beaucoup plus à la forme qu'au fond.

Les réservataires, en effet, ne tenant point leur droit du défunt, ne sauraient être astreints, aux termes du droit commun, à subir sa loi. Ils ne peuvent, ainsi que le proclame M. Bertauld lui-même, ils ne peuvent, avant l'ouverture de la succession, être enchaînés par

une répartition, même quand ils l'ont acceptée en devenant donataires (1130). Ils ne sauraient surtout être enchaînés par un testateur qui n'a pas réclamé leur adhésion. Donataires, ils n'ont pu compromettre leur droit à la réserve qui n'était pas encore née; légataires, c'est leur propre chose qui leur est distribuée, pour ce qui est de la quotité disponible. « N'est-ce pas à eux, dès lors, qu'appartient le droit de se la partager ? » Cette conclusion, que nous empruntons à M. Bertauld lui-même (n° 3), contient la justification de caractère privilégié ou exceptionnel que le savant auteur semble contester, assez timidement d'ailleurs, à notre institution.

Qu'il soit bien entendu que ce n'est pas « dans les dispositions préventives des abus » rappelés par les art. 1078 et 1079 que nous faisons avec M. Bertauld (n° 23) résider les prérogatives attachées à la magistrature spéciale dont les ascendants sont investis; c'est dans une double dérogation au droit commun : dérogation de pactiser sur succession future ; dérogation aux principes qui défendent toute disposition au sujet de la réserve, que nous plaçons l'exception, limitée d'ailleurs aux seuls ascendants.

123. — Notons bien, en effet, que le privilége se borne à ceux-ci. Pourquoi ? c'est parce que l'affection descend et ne remonte pas, et que la tendresse sans égale des parents pour leurs enfants a seule offert au législateur des garanties suffisantes pour qu'il se décidât à les investir de la belle prérogative de régler, soit immédiatement par une sorte d'ouverture anti-

cipée, soit pour le temps où il doit naturellement s'ouvrir, l'exercice du droit de succession conféré par la loi ou par un acte antérieur de sa volonté, et cela — tant la prérogative en question est indépendante de la faculté ordinaire de disposer — sans distinction de la réserve et du disponible.

La loi fait effectivement du « droit de partager sa propre succession comme l'apanage exclusif de l'ascendant. » La rubrique du chapitre VII du titre *Des Donations et Testaments* et notre art. 1075 ne parlent que de la distribution des biens par les *père et mère ou autres ascendants entre leurs enfants et descendants.* Cet article et ceux qui le suivent gardent le silence relativement aux descendants et aux collatéraux, lesquels restent sous l'empire du droit commun pour la distribution de leur succession, sans que cette distribution puisse jamais, en ce qui concerne les collatéraux tout au moins, motiver de réclamation de la part des appelés, pour cause de prétérition, de lésion ou d'éviction, à moins de volonté formellement exprimée par le disposant. (Comp. nos 121, 128.)

124. — Les père et mère ont moins de liberté envers leurs enfants. On en connaît déjà la cause : c'est parce que le pouvoir de distribution dont ils sont investis ne se borne plus à la partie disponible de leur succession, qu'il s'applique également à la portion réservée du patrimoine, que la loi a dû ne pas s'en rapporter aveuglément à l'arbitrage des parents. L'exercice de la magistrature paternelle n'entravant en aucune manière leur droit de disposer de la portion disponible

par voie de préciput, et de coordonner leur partage avec cette préférence, la préoccupation de la loi a tendu à empêcher qu'il en fût disposé deux fois en quelque sorte, et qu'il fût ainsi indirectement porté atteinte à la réserve.

C'est dans ce but que les biens doivent être répartis entre les ayant-droit, et dans la proportion de la part héréditaire de chacun d'eux. « Quoique la puissance paternelle, dit M. Troplong (*Donat.*, n° 2296), se manifeste ordinairement par l'affection et la justice, elle n'est pourtant pas tout à fait exempte de certains excès, et le législateur a dû prendre des mesures de précaution pour protéger le droit des enfants contre la possibilité de l'arbitraire du père. » De là la disposition de l'art. 1078, dont nous parlerons bientôt; « de là encore, l'art. 1079, qui proclame *chez les enfants un droit antérieur de copropriété*, et le proclame tellement sacré qu'une action leur est ouverte. *Il semble que, par le partage, l'enfant reçoive moins une libéralité que sa propre chose*, et que le père ne puisse, pas plus qu'un expert ou un liquidateur, s'écarter, dans la formation des lots, de l'égalité, qui est la loi ordinaire des partages de succession. » (Tropl., *l. c.*)

Rien de plus vrai. En recueillant de la main de son père sa part dans la succession réservée, le fils semble moins recevoir la chose d'autrui que sa chose propre : *Pene ad propria bona veniunt,* disait Ulpien (L. 1, § 12, ff. *de success. edict.*); *quasi olim jam domini essent,* répétait le jurisconsulte Paul (L. 11, ff. *de lib. et posth.*). « La nature, disait à son tour Treilhard dans

son *Exposé des motifs du titre Des Successions*, avait, en quelque sorte, établi entre eux (le père et les enfants) une communauté de biens, et leur succession n'est, pour ainsi dire, qu'une jouissance continuée. »

125. — Nous faudra-t-il pour cela placer, avec M. le premier président Réquier, la source obligée du partage objet de notre étude, dans cette sorte d'association des enfants à la propriété de leur ascendant? (*Partage d'ascend.*, n° 116.)

Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de recourir à cette fiction — ce n'est que cela, à vrai dire — pour trouver la raison de notre institution. Nous concéderons que, dans la rigueur des principes, on ne saurait partager que ce qui est à soi; que pour ceux qui en détacheraient absolument l'idée de celle de disposition, il serait difficile d'expliquer d'une manière entièrement satisfaisante notre partage d'ascendant sans le secours de cette communauté préexistante. Mais il ne faut pas perdre de vue que nous sommes en dehors du droit commun; que si, à Rome, nous avons trouvé, à la base de notre institution, la puissance paternelle avec ses prérogatives, il vint un temps où, sous l'influence de l'adoucissement des mœurs et des idées chrétiennes, la rigidité du droit touchant l'organisation de la famille le céda à l'affection et à l'intérêt que la nature inspire aux ascendants envers ceux qui leur doivent l'existence.

M. Bertauld ne nous a pas laissé l'initiative de l'observation que le droit collectif de propriété, sur lequel le savant président fonde ses explications, ne se pou-

vait comprendre à Rome même, au temps de Paul et d'Ulpien, qu'autant qu'il s'agissait d'un père de famille et d'enfants soumis à sa puissance ; or, comme le fait encore remarquer notre auteur, le *paterfamilias* n'était pas seul en possession du droit de faire le partage d'ascendant, et les copartagés n'étaient pas toujours sujets à sa souveraineté domestique. La faculté de distribuer son patrimoine entre ses descendants avait été étendue à tous les ascendants sans distinction de sexe et de degré, et n'impliquait plus conséquemment l'idée d'un pouvoir traditionnel et d'une propriété centralisée.

Nous n'acceptons donc, pas plus que ne le fait M. Bertauld lui-même, comme fondement nécessaire de notre partage d'ascendant, cette fiction de la propriété collective de la famille romaine, dont la tradition ne s'est pas continuée.

Nous ne nous arrêterons pas davantage à la supposition imaginée par M. Bertauld, d'une saisine également collective constituée, pendant un instant de raison, par le disposant au profit des héritiers de son choix, ou que la loi présume avoir été choisis par lui, et qu'il fait ensuite cesser par une distribution immédiate, et au moyen de laquelle le savant critique entend faire produire au partage pratiqué par des collatéraux ou des étrangers, tous et chacun des effets attachés à celui qui procède des ascendants eux-mêmes.

126. — Nous ferons à ces explications le reproche d'être trop savantes. Les nôtres sont plus simples : nous les puisons dans la réalité même de la situation

anormale créée par le législateur, et dont on paraît n'avoir pas tenu assez de compte.

Nous l'avons déjà constaté, et personne ne le nie, la disposition autorisée par l'art. 1075, quelle qu'en soit la forme, se meut en dehors des règles ordinaires du droit commun. On s'efforcerait donc inutilement d'en expliquer le mécanisme par les principes généraux de ce droit. Le partage d'ascendant, on nous le concède encore, « n'est, ni une donation ou un testament, ni un partage ordinaire ; c'est un acte *sui generis*, distinct de tous les autres contrats, une institution particulière créée par un texte spécial de la loi. » Pourquoi s'obstiner à en demander le secret au droit commun, dont il se sépare ouvertement !

Vous laisserez à vos enfants un héritage qu'ils auront l'obligation de se partager (815). La loi, confiante en votre sollicitude, et en vue du maintien de la bonne harmonie entre les frères, vous laisse le soin, en dehors de tout esprit de disposition de votre part, de faire, dans la forme testamentaire, ce que vos enfants auraient à faire après vous, d'opérer entre eux la division de la succession avant qu'ils en soient saisis.

C'est anormal ; nous n'avons point à le nier, « la succession se trouve divisée entre les enfants sans qu'ils aient eu, même pour un instant, la copropriété des biens qui la composent. » Rien de plus vrai ! « Ici, poursuit M. le président Réquier dont nous empruntons à dessein le langage, ne se rencontre pas *cette communauté préexistante* qui est, *en droit com-*

mun, la condition essentielle de tout partage; c'est, au contraire, le partage qui *précède l'indivision et qui la prévient.* »

Il est vrai ! nous sommes en dehors des règles du droit commun, et il n'en saurait être autrement. « Cette distribution que fait ainsi l'ascendant de ses biens, ajoute M. Réquier, *n'a donc pas par elle-même le caractère d'un partage.* »

Nous en demandons pardon au savant magistrat, elle n'a pas le caractère du partage *ordinaire*, mais elle a le seul caractère qu'il lui soit possible de revêtir, celui d'un partage fait dans les conditions anormales que nous connaissons. Au surplus, l'auteur nous fournit lui-même la seule raison qu'il y ait à en donner : « Cette distribution ne pourrait pas produire les effets du partage si la loi ne l'eût ainsi ordonné *par une disposition spéciale et exceptionnelle.* Voici, en effet, l'explication. Il s'agit d'un droit exceptionnel. Toute interprétation tirée des règles du droit commun serait sujette à erreur ou à contestation.

S'agit-il du partage par acte entre vifs, l'observation sera la même. Ce partage a ses règles à part dont il n'est pas permis de se départir, et qui doivent être restreintes aux seuls cas prévus. Ici encore le partage *précède l'indivision* et a pour résultat et pour but *de la prévenir*. (Comp. n°s 115, 629, 650, 681.)

127. — Aux seuls ascendants est accordée de droit la faculté de faire le partage de leurs biens avec les effets qu'y ont attachés les art. 1075 et suivants. Cette vérité textuelle n'a pas besoin de démonstration. Res-

trictive de sa nature, la disposition de l'art. 1075 ne saurait être étendue au-delà de ses termes. Non-seulement le droit qu'elle confère est refusé aux descendants et aux collatéraux vis-à-vis de leurs héritiers présomptifs, aux donateurs ou testateurs étrangers vis-à-vis de leurs donataires ou légataires; mais il n'appartient aux ascendants eux-mêmes qu'au regard de leurs seuls descendants, par la raison que, respectivement aux autres personnes, ils ne sont plus des ascendants. Le droit romain et l'ordonnance de 1735 en avaient des textes exprès (L. 21, § 1, C., *de testam.*; ord., art. 18).

Le défaut de reproduction de ces textes ne saurait conclure contre notre solution. L'argument *a contrario* a ici toute sa force. La raison donnée par Brodeau n'a rien perdu de sa valeur : « Le droit de faire partage par les père et mère... entre leurs enfants étant la suite et l'effet de la sincérité de jugement de ceux-ci, on ne doit étendre ce pouvoir aux collatéraux. » (Comp. n° 22.)

128. — On a peine à comprendre qu'en présence de principes aussi solidement établis se puisse agiter la question de savoir si les descendants, les collatéraux et les étrangers eux-mêmes sont également autorisés à user du partage organisé par lés art. 1075 et suivants.

A ne s'en tenir qu'aux apparences, pareille question pourrait paraître singulière, car elle reviendrait à celle-ci : le partage d'*ascendant* peut-il être pratiqué par celui à qui manque cette qualité ? La difficulté

est pourtant sérieuse. Une explication nous la fera toucher du doigt :

« Considérant, dit la Cour de Caen, que, si le Code civil contient des dispositions qui permettent aux ascendants de faire, par anticipation, le partage de leurs biens entre leurs descendants, c'est *parce qu'on aurait pu douter*, cessant ces dispositions, *que cela fût permis à ceux qui ne sont soumis à ne disposer à titre gratuit que d'une certaine quotité de leurs biens ;* mais qu'on ne conçoit pas comment *cela pourrait être interdit*, lorsqu'aucun texte ne le défend à ceux *qui peuvent disposer*, *au préjudice de leurs héritiers présomptifs*, *de tous leurs biens* de la manière la plus absolue. » (2 déc. 1847 ; Dall., XLIX, 2, 84.)

La raison sur laquelle la Cour se fonde, en premier lieu, ne nous fournit qu'une incomplète explication de la raison d'être des dispositions dont nous donnons ici le commentaire. Ce n'est pas seulement parce qu'en l'absence des dispositions qu'il consacre, on aurait pu mettre en doute qu'elles fussent permises *à ceux qui sont soumis à ne disposer à titre gratuit* que d'une portion de leurs biens qu'elles ont été édictées. Si, en dehors de cette considération, *commune aux descendants* et aux ascendants, il ne s'en fût trouvé d'autres, on aurait peine à comprendre la limitation de l'article 1075 aux seconds, à l'exclusion des premiers. Il est donc nécessaire, pour avoir la notion complète de la prérogative ici accordée aux ascendants, d'ajouter à la raison que nous en donne la Cour celle déduite par Brodeau *de la sincérité de jugement des ascendants.*

En ce qui touche la seconde partie du motif, il nous sera permis, sans nous écarter du respect dû à la Cour, de faire observer que, s'il a pu suffire à la décision du litige engagé, il manque de précision, à ne l'envisager que du point de vue abstrait des principes. Disons mieux, nous n'y apercevons qu'une véritable équivoque.

Nul ne consteste, en effet, qu'il soit permis *à ceux qui ont la libre disposition de l'universalité de leurs biens* d'en faire, par anticipation, le partage entre leurs collatéraux, voire même entre des étrangers qu'ils auraient jugés dignes de leurs préférences. Là n'est pas le point important : il est de savoir quels seront les effets attachés à pareille disposition ; si elle demeurera sous l'empire des règles *ordinaires* des donations entre vifs ou des legs, ou si, au contraire, elle pourra revendiquer l'application des règles de fond qui sont particulières au partage ; s'il n'y faudra voir qu'un partage de *fait*, ou si l'on y devra apercevoir un partage de *droit*.

Nous nous sommes déjà expliqué à ce sujet. Nous avons reconnu que toutes personnes capables de disposer à titre gratuit avaient, par cela même, la liberté de faire par donation entre vifs ou par testament telle distribution de leurs biens que bon leur semblait, de soumettre à leur convenance cette distribution aux conditions qui régissent les partages ; mais que les dispositions qui la renfermeraient ne perdraient rien pour cela de leur caractère de donation ou de legs, et qu'elles resteraient soumises aux règles qui leur sont

ordinaires. Nous avons ajouté — il n'est pas trop de le répéter ici — qu'une déclaration bien formelle du donateur ou du testateur aurait pour effet de modifier ce résultat, et d'attacher à ces sortes de partages plusieurs des conséquences *ordinaires* de celui organisé par les art. 1075 et suivants ; mais qu'il ne faut rien moins que pareille déclaration pour qu'il en soit ainsi.

La première de ces propositions ne souffre guère difficulté. Il en est autrement de la seconde.

On tombe généralement d'accord, en effet, que des collatéraux ou des étrangers peuvent, au moyen d'une déclaration catégorique, s'approprier par les donations ou testaments contenant distribution de leurs biens entre leurs neveux ou étrangers, donataires ou légataires, la plupart des règles consacrées par les art. 1078 et 1079. Quelle raison juridique pourrait s'opposer, par exemple, à ce qu'un oncle, par la distribution qu'il fait de ses biens entre ses neveux, déclarât qu'il entend ne laisser en dehors de sa libéralité aucun des ayant-droit ; que si, au jour de son décès, il s'en trouvait dont l'existence ne lui est pas aujourd'hui connue, ou dont la naissance viendrait à se produire plus tard, il exige qu'il en soit tenu compte ? pourquoi ne pas appliquer la même observation à la lésion et à l'égalité dans les parts ? rien empêcherait-il donc le disposant de consigner dans son testament ou dans sa donation qu'il entend gratifier dans une même mesure tous ses donataires ou légataires qu'il confond dans une égale affection ? pourrait-il y avoir

plus de difficulté à ce que pareille déclaration fût faite en ce qui regarde la garantie ? Elle n'existe pas de plein droit entre donataires et légataires ; mais ce que la loi ne fait pas, la volonté de l'homme peut le produire. Le donateur ou testateur pourra donc imposer cette charge à ceux qu'il gratifie.

Qu'adviendrait-il de ces clauses, n'offrant que quelques-unes des nombreuses modalités auxquelles toutes dispositions à titre gratuit peuvent être soumises ?

Il adviendrait, dans le premier cas, que l'art. 1078 recevra son application ; dans le second, que toute erreur de calcul ou d'estimation serait réparée dans les termes et la mesure de l'art. 1079, § 1er ; dans le troisième, qu'à la donation ou au legs principal sera venu s'adjoindre, au profit de tous et de chacun en particulier, une sorte de créance éventuelle en cas d'éviction contre ses codonataires ou colégataires. Le droit du donataire ou du légataire *omis*, *lésé* ou *évincé*, suivant chacune des hypothèses que nous venons de parcourir, ne dérivera pas de la nature de la disposition, mais de la volonté du disposant. S'il n'est pas un effet *naturel* de l'acte, il en sera un effet accidentel, et les résultats en seront les mêmes.

Les mêmes, en effet, si la répartition a revêtu la forme testamentaire ; les mêmes encore, si elle se produit sous celle de la donation entre vifs, sur qui l'*omission*, la *lésion* ou l'*éviction* de l'un des héritiers agira en ce cas comme condition résolutoire, sans aucun dommage pour la défense de pactiser sur succession

future (1130), à laquelle le législateur n'a permis d'infraction qu'en faveur des seuls ascendants.

129. — Aux seuls cas qui viennent d'être rappelés se bornent les effets que la répartition au profit de collatéraux ou d'étrangers puisse emprunter au partage organisé par les art. 1875 et suivants. Il est fort clair, en effet, qu'elle ne saurait être querellée pour la cause énoncée au deuxième alinéa de l'art 1079, car cette cause suppose une atteinte à la réserve, et la loi n'en reconnaît pas aux collatéraux.

130. — Reste une difficulté, et elle est considérable.

Nous venons de reconnaître que la réalisation de l'éviction donnait lieu, au profit de chaque donataire ou légataire, à une voie de recours contre ses consorts. A cette créance éventuelle, si c'est d'une donation qu'elle procède, le disposant aura eu le droit d'ajouter une hypothèque dont le sort, tant au regard des autres créanciers que des tiers acquéreurs, serait soumis aux règles du droit commun. Si c'est dans un legs, au contraire, qu'elle prend sa source, le légataire évincé pourra prétendre à l'hypothèque légale consacrée par l'art. 1017 du Code civil. Jusque-là, rien que de naturel ; mais la créance dont il est ici parlé ne pourrait-elle pas se prévaloir également du privilége de l'article 2103 du même Code, à la charge de le faire inscrire dans les délais des art. 2109 du Code et 6 de la loi du 23 mars 1855 ? Oui, nous disent MM. Genty (p. 281), Bertauld (*l. c.*, n° 34) et Lyon-Caen (n° 12) ; car, si le privilége est une *qualité* de la créance, le

disposant qui a eu le pouvoir de créer celle dont il est ici parlé, de lui donner l'être, a eu également celui de la faire naître armée de tous ses attributs, au nombre desquels se place le privilége de l'art. 2103.

Si plausibles qu'elles paraissent, ces raisons ne sauraient l'emporter. C'est à la solution négative qu'il convient de s'arrêter. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la créance en question n'est, après tout, ainsi que nous l'avons mentionné plus haut, qu'un legs éventuel et subsidiaire, « qui a pour objet, au lieu de la chose en nature, une indemnité représentative de sa valeur; de sorte que le bénéficiaire évincé est toujours à considérer comme un légataire évincé qui peut bien invoquer l'hypothèque légale établie par l'art. 1017, mais qui ne saurait avoir de privilége » (Demol., XXII, n° 702). Les priviléges, ajoute avec raison M. Colmet de Santerre, ne peuvent dériver que de la loi; la volonté de l'homme est impuissante pour les créer (*l. c.*, n° 242 *bis*, 2°).

130 *bis*. — Le copartagé évincé ne perdra rien au refus que nous lui faisons ici du privilége en question; l'hypothèque légale que nous lui concédons lui permettra de solliciter de chacun de ses copartagés le paiement intégral de l'indemnité qui lui est due, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles dont il est détenteur (1017), tandis qu'au moyen de celle qu'il tiendrait du disposant, ou du privilége que nous lui refusons, il n'aurait d'action contre chacun d'eux qu'au *prorata* de son attribution.

131. — Ce que peut une déclaration expresse, la

déclaration implicite le produira-t-elle? en d'autres termes, suffira-t-il au collatéral ou à l'étranger de mentionner que c'est un partage de sa succession qu'il entend faire entre ses héritiers, ses donataires ou légataires pour que chacun des effets attachés au partage d'ascendant soit produit?

M. Genty n'en fait aucun doute. Ce que peut la volonté ouvertement exprimée peut également, pour le savant auteur, résulter de la volonté tacite, à la seule condition que cette volonté ressorte clairement de l'acte ou de *la qualification* de l'acte d'où on entend l'induire.

Loin de nous le temps où, par sa forme, le partage en question constituait un véritable privilége en faveur de ceux à qui il était permis, où c'en était un autre, touchant au fond même du droit, que la faculté concédée aux ascendants de comprendre dans leur distribution des biens que les réserves coutumières mettaient hors de la disposition de l'homme. (Comp. n° 29.) Aujourd'hui le partage en question, se trouvant ramené aux formes du droit commun, est accessible à tous, aux étrangers aussi bien qu'aux collatéraux; nulle portion du patrimoine qui ne soit disponible en leurs mains! Pourquoi, dès lors, n'en pas tout naturellement revenir à la règle de sagesse posée par Papinien dans un texte fait pour la matière même? (L. 77, § 8, ff. *de leg.*, 2°), et tirant, de cette seule circonstance que le testateur avait fait le partage de ses biens, la conséquence qu'il avait voulu que la garantie ordinaire en matière de partage fût attachée à l'opération : *Ar-*

biter CONJECTURA VOLUNTATIS *non patietur eum qui...*

Sans doute, l'acte portant partage ne perdra pas, pour cela, son caractère de donation ou de legs; mais, par interprétation de la volonté, *conjectura voluntatis*, la qualification de partage qu'il a reçue de son auteur lui vaudra tous les effets attachés au partage d'ascendant, car *la présomption de volonté, dans ce cas, est exactement la même que s'il s'agissait d'un partage d'ascendant...*

Voilà le système! pouvant invoquer à son appui l'arrêt de la Cour de Caen précédemment cité, l'autorité de Delvincourt (t. II, p. 149 et notes), que défend avec une grande ardeur de conviction M. Genty, et qu'adopte aussi M. Bertauld (*l. c.*, n° 27, et *passim*). Nous ne saurions nous y rendre.

132. — On convient que, quels que soient les effets qu'en définitive on parvienne à rattacher à la disposition qui nous occupe, on n'y pourra jamais voir qu'une donation ou un testament; que la dénomination dont on l'a décorée ne change rien au fond des choses. Cette concession obligée n'est pas sans conséquences importantes.

Si c'est, avant tout, un acte de disposition qu'on a voulu faire, un acte dont l'effet principal est de transférer le droit de propriété; si c'est là le caractère dominant de cet acte; si la division de la chose transmise n'en forme que la partie accessoire, les règles des art. 1078 et 1079 régissent trop spécialement la matière du partage pour qu'elles lui soient facilement applicables. Ce n'est pas l'appellation don-

née par le donateur ou testateur à sa donation ou à son testament, l'emploi qu'il aura fait des expressions *partage*, *partager*, qui pourraient prévaloir sur la nature même des choses. Il est de règle certaine en droit que, pour juger des effets des actes, on doit plutôt s'attacher à leur nature intrinsèque qu'à la qualification que leur ont donnée les parties.

Il est vrai, le partage d'ascendant ne jouit plus du privilége de la forme. Il est également vrai que l'entrave tirée, dans l'ancien droit, des réserves coutumières a également disparu. Serait-ce à dire qu'aujourd'hui le partage d'ascendant soit dépouillé de tout esprit de faveur; que la raison donnée par Brodeau pour en expliquer l'existence soit démeurée étrangère à la rédaction des art. 1075 et suivants? nullement, et c'est ici que nous apparaît tout ce qu'il y a d'erroné, dans l'assimilation faite par M. Genty, de deux situations qui n'ont rien de commun.

Comment! il suffira qu'un collatéral, ou même un étranger, qualifie de *partage* la donation ou le legs qu'ils font, le premier au profit de ses neveux, le second en faveur de personnes qui ne lui tiennent par aucun des liens du sang, pour que, dans cet acte, il nous faille voir une présomption aussi grande de la volonté d'être juste, de n'omettre aucun des neveux, s'il s'agit d'un collatéral; d'observer l'égalité, ou d'assurer la garantie des parts, s'il s'agit d'un collatéral ou d'un étranger, que si la disposition avait pour auteur un ascendant faisant à ses enfants la distribution de sa succession, c'est-à-dire de biens dans lesquels

ils avaient, du vivant même de leur père, une sorte de copropriété avec lui! comment n'être pas frappé de la différence de situations aussi dissemblables; ne pas voir que le rédacteur des art. 1078 et 1079 s'est particulièrement inspiré de la considération si juste et si morale tirée par Brodeau de la sincérité de jugement des ascendants... *Non, assurément, la présomption de volonté n'est pas, dans un cas, exactement la même que dans l'autre.*

Ce que présume le législateur dans les art. 1078 et 1079, c'est que les parents confondent tous leurs enfants dans une même affection; c'est qu'ils ont le désir de les traiter tous de la même façon. C'est en partant de cette présomption qu'il redresse les erreurs qu'ils ont pu commettre, qu'il répare les omissions de personnes qu'ils ont faites. Ces omissions ou ces erreurs auraient-elles été volontaires, calculées, la loi refuse d'y croire : elle agit comme s'il en était autrement. Confiante en la justice du père de famille, elle élève celle-ci à la hauteur d'une présomption légale; elle n'admet pas que la prétérition de l'un de ses descendants ne soit pas le résultat de la distraction ou de l'ignorance.

S'est-il proposé d'avantager l'un d'eux au-delà des limites de tolérance admises par l'art. 1079, § 2? elle lui dit : Vous aviez le droit de constituer un préciput à l'un des vôtres dans les limites du disponible, mais à la condition de le faire ouvertement; vous avez préféré la voie du partage, c'est-à-dire vous substituer à l'expert ou bien au juge : vous avez dû en vouloir

l'égalité et la justice. Ce que vous pouviez, vous ne l'avez pas fait, ce n'est pas une raison pour vous autoriser à faire ce qui répugne absolument à l'essence de l'acte auquel vous avez déclaré vous livrer : *Non fecit quod potuit, sed fecit quod non potuit.*

C'est sur cet ordre de considérations morales que, de nos jours encore, repose principalement le *partage d'ascendant.* Ce sont elles qui continuent à en faire une institution d'une espèce particulière. Il *investit* moins, suivant une expression de Louet, qu'il ne *dévestit* chaque enfant : il est moins une conséquence de la faculté de disposer chez l'ascendant que l'accomplissement d'un devoir pieux.

En pourrait-on dire autant d'étrangers ou de collatéraux ? eux aussi peuvent faire le partage de leurs biens à ceux qu'ils en gratifient : ce ne seront jamais, ainsi qu'on est obligé de le reconnaître, que des donations ou des legs qu'ils feront. Si c'est là le caractère dominant de l'acte auquel ils se livrent, quelle *conjecture* contraire tirer de la simple appellation qu'ils lui ont donnée ?

Donc, pour que les effets particuliers aux partages puissent résulter de leur disposition, il est nécessaire qu'ils s'en expliquent *ouvertement.* Il n'est pas dans les obligations morales de ceux-ci de faire ce que la loi naturelle prescrit aux ascendants envers leurs descendants. On ne saurait, par cela même, induire de la simple dénomination de *partage* donnée à un acte de bienfaisance de leur part l'espèce de présomption légale attachée aux partages d'ascendants. (Comp. Va-

zeille, art. 1079, n° 7; Ancelot sur Grenier, n° 393, n. A.)

133. — En ce qui touche les descendants, aucun système n'a encore élevé la prétention de leur rendre applicable les dispositions des art. 1075 et suivants. Toutes les raisons précédemment déduites résistent trop manifestement à de telles conséquences. Une *réserve* existe en faveur des ascendants ; or, la loi n'a point conféré aux descendants le droit d'y porter directement ou indirectement atteinte. Ils demeurent donc, sans contestation possible, sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire que, sous la déduction de la réserve due aux ascendants qui doit demeurer sauve, ils pourront faire entre leurs donataires ou légataires telle distribution du surplus de leur patrimoine que bon leur semblera.

En ce qui les concerne, l'hypothèse du partage entre vifs n'est guère à prévoir. Dans tous les cas, il devrait, aussi bien que la répartition testamentaire, se borner à la quotité disponible, et rien, dans ce qui a été exposé sous les numéros précédents, au sujet des collatéraux, qui ne reçoive ici son application. Aussi bien que ceux-ci, le descendant pourra subordonner la validité de sa disposition à la vocation de tous les ayant-droit, à l'égalité et à la garantie des parts de chacun d'eux. Aussi bien qu'aux premiers, le § 2 de l'art. 1079 restera étranger au second, non plus parce que son pouvoir de disposition porte sur l'intégralité du patrimoine, mais par la raison que la portion réservée de ce patrimoine se trouve frappée d'indisponibilité absolue en ses mains.

134. — Nous connaissons les personnes qui, seules, sont habiles à faire le partage régi par les art. 1075 et suivants. Il est à peine nécessaire d'énoncer que, pour la validité de l'opération, ces personnes doivent réunir les conditions de capacité générale et de droit commun exigées pour les actes ordinaires à titre gratuit, c'est-à-dire pour les donations ou les testaments, suivant que le partage revêt l'une ou l'autre de ces formes. C'est ce qu'exprime fort clairement l'art. 1076 en soumettant le partage d'ascendant aux *conditions* des donations entre vifs et testaments.

La capacité de l'agent étant la première condition de la validité de ces actes, l'ascendant devra, pour faire le partage entre vifs, être capable de disposer par donation entre vifs ; pour faire le partage testamentaire, être capable de disposer par testament.

« Toutes personnes peuvent disposer à titre gratuit, excepté celles que la loi en déclare incapables » (902). Écrite pour les libéralités ordinaires, cette disposition se traduit, dans son application à notre matière, en ces termes : « Tous père, mère et autres ascendants peuvent faire entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens, excepté ceux que la loi en déclare incapables. » Ici encore, par conséquent, la capacité forme la règle, et l'incapacité l'exception. Les causes en sont diverses.

135. — La première et la plus radicale de toutes sera l'absence de raison chez l'ascendant : « Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit » (art. 901). Pour être habile à faire le

partage d'ascendant, il faut donc être *mentis compos*. Ce n'est là que l'application d'un principe général et d'éternelle raison auquel nul contrat ne saurait se soustraire.

Mais comme, plus qu'aucune autre, la disposition à titre gratuit exige une entière liberté d'esprit, la loi montre, en cette matière, un degré de sévérité de plus. Bien qu'on ne puisse, en général, attaquer les actes d'un homme après sa mort pour cause de démence, qu'autant que son interdiction a été prononcée ou poursuivie de son vivant (art. 504), on sera toujours recevable à quereller le partage d'ascendant, comme étant le résultat de la démence ou de l'affaiblissement d'esprit de celui-ci, sans qu'il soit besoin de représenter le jugement d'interdiction, ou de justifier de poursuites tendant à en obtenir la prononciation. Il ne sera pas non plus nécessaire, pour en justifier l'attaque, qu'il contienne la preuve même de la démence (504). En nous disant que, pour disposer à titre gratuit, il faut être *sain d'esprit*, l'art. 901 n'a eu d'autre but que de constater cette conséquence, par dérogation à l'art. 504, ou plutôt par une sorte de retour au droit commun, dont s'écarte cette dernière disposition législative.

Isolément envisagé, l'art. 901 ressemblerait à une superfluité : on comprendrait difficilement, en effet, que le législateur eût pris le soin de nous dire, par un texte exprès, que la raison est nécessaire pour disposer à titre gratuit, s'il n'avait été établi précédemment (504) qu'après la mort d'un individu, les actes par

lui faits ne pourraient être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès ; à moins que la preuve de cette démence ne résultât de l'acte même qui est attaqué.

L'art. 504 est sans application à toutes dispositions entre vifs ou testamentaires, à notre partage d'ascendant conséquemment. Rien de mieux établi que ce point de jurisprudence, conforme, au surplus, à ce qu'avaient enseigné, dans notre ancien droit, Ricard (*Donat.*, 1re part., n° 145) et Daguesseau (*37e Plaidoyer*, t. III, p. 357, in-4°), et à ce qu'avaient jugé les Parlements (Merl., *Rép.*, v° *Testament*, sect. I, § 1, n° 2).

Le jugement qui prononce l'interdiction, ou, plus simplement, l'exploit qui provoque ce jugement, ne crée pas la démence : il se borne à en constater la préexistence. Il est manifeste, ainsi que le disait Daguesseau, que, même avant le temps de l'interdiction, le furieux est absolument hors d'état de faire un testament valable (lisons : un partage d'ascendant valable) ; « ce n'est pas l'autorité du magistrat, c'est la nature même qui prononce son interdiction ; le juge ne fait pour ainsi dire que la déclarer... » (*l. c.*).

L'art. 504 étant sans application au partage d'ascendant, il nous reste à en constater les conséquences.

136.— 1° L'interdiction de celui dont le partage est querellé n'a jamais été ni prononcée, ni même poursuivie de son vivant ; n'importe : la preuve de l'insanité d'esprit n'en sera pas moins recevable, sans qu'on

puisse objecter à ceux qui auraient intérêt à l'administrer : *Sero accusas mores quos probasti.*

137. — 2° Les descendants qui attaquent le partage pour insanité d'esprit s'étaient bornés, du vivant de l'ascendant, à lui faire donner un conseil judiciaire. Ils soutiennent aujourd'hui, avec offre de preuves à l'appui de leur prétention, qu'antérieurement au jugement qui a fait droit à leur demande, à l'époque du partage, leur auteur avait perdu l'usage de la raison; qu'ils auraient pu, au lieu de se borner à la mesure adoucie dont ils se sont contentés, le faire placer dans les liens plus gênants de l'interdiction. Devront-ils être *nécessairement* éconduits ? Non. Il est impossible de soutenir, en thèse de droit, ainsi que le disait avec raison Merlin devant la Cour régulatrice, le 19 décembre 1814 (*Rép.*, v° *Testament*, sect. I, § 1, art. 1, n° 3), qu'un jugement qui reconnaît qu'il y a imbécillité suffisante pour donner lieu à la dation d'un conseil judiciaire fournisse une exception de chose jugée, s'opposant à la preuve que l'imbécillité avait plus d'intensité qu'il n'en fallait pour motiver pareille décision.

Le juge, ajouterons-nous, qui a accordé le conseil était lié par les conclusions des parties. Il ne pouvait pas juger *ultra petita*, prononcer l'interdiction quand le conseil seul était demandé. Mais celui qui s'est borné à demander le moins ne saurait être absolument non recevable, plus tard, à réclamer le plus. La chose jugée n'y pourrait faire un obstacle insurmontable ; mais elle élèverait cependant, en fait, un pré-

jugé qui obligerait le juge à un redoublement d'attention.

138. — 3° La demande en interdiction s'était produite, mais elle avait été péremptoirement repoussée. Dans la rigueur des principes, le rejet de cette première demande ne saurait élever une fin de non-recevoir contre celle qui tendrait plus tard à l'annulation du partage pour cause d'insanité d'esprit. Qu'avait-il été jugé, en effet? Qu'au moment où la décision a été portée, l'ascendant n'était pas dans un état *habituel* d'imbécillité, de démence ou de fureur, et rien de plus (art. 489). La nouvelle demande, si elle est entre les mêmes parties, a un tout autre objet : elle ne tend qu'à faire juger qu'*à une époque précisée*, *celle du partage;* l'ascendant n'était pas *mentis compos ;* qu'il y avait dans ses facultés, par une cause accidentelle sinon permanente, un affaiblissement manifeste qui ne lui laissait pas la plénitude de sa raison (arg. de Cass., 17 mars 1813; Dall., 1813, I, 192). On peut s'étonner que le judicieux Merlin ait pu confondre deux actions si parfaitement distinctes, et dire qu'il n'y a ni différence d'*objet* ni différence de parties dans ces actions (*l. c.*).

139. — 4° La solution souffrirait encore moins de difficulté en droit pur, si, au lieu de rejeter la demande en interdiction d'une manière absolue, la première décision s'était arrêtée à la mesure du simple conseil : c'est l'espèce de l'arrêt du 17 mars 1813 que nous venons de citer. Dans cette hypothèse, en effet, il est déjà jugé que le disposant a été considéré

comme hors d'état, à raison de l'affaiblissement de ses facultés morales, de se livrer seul aux actes les plus importants de la vie civile ; d'*aliéner* à un titre quelconque, de *disposer à titre gratuit* sans l'assistance d'un conseil. On ne saurait aller jusqu'à conclure qu'il y a chose jugée dans ce cas, relativement à l'invalidité du partage qui a précédé le jugement en question. Ce jugement n'a pu avoir en vue que l'avenir, et, en ce qui concerne le passé, il n'a été jugé qu'une chose, c'est que l'état mental de l'ascendant ne lui permettait pas d'aliéner sans l'assistance d'un conseil, mais non point qu'il avait manqué de sanité d'esprit au moment même où avait été fait le partage aujourd'hui querellé.

Une importante observation reste à faire au sujet de chacune des hypothèses qui viennent d'être successivement examinées :

Si, l'usage des facultés intellectuelles étant pour l'homme l'état ordinaire et normal, et la privation de ces facultés l'exception, il y a toujours obligation pour le juge de présumer cette capacité et de n'admettre la preuve de la démence qu'avec la plus grande circonspection, c'est bien plus particulièrement dans notre matière que cette sage et tutélaire précaution doit être recommandée. Dans les cas ordinaires, en effet, le dépouillement actuel du disposant ou les libéralités testamentaires qu'il se permet peuvent n'avoir pas toujours leurs raisons d'être suffisamment appréciables. Ces raisons, si elles apparaissent, peuvent ne pas toujours s'imposer au respect des héritiers qu'elles dé-

pouillent. Mais ici, il en est autrement : le but n'est que louable et digne d'encouragement. Supposez les règles de l'égalité à peu près observées, les actions en rescision pour cause de lésion impossibles, comment n'y pas voir à deux fois avant de porter la main sur le règlement fait par l'ascendant de son hérédité légitime ; comment, de la part de l'organe de la loi, ne pas hésiter avant d'appliquer la rigueur des principes que nous venons de rappeler à l'exercice qu'un père, une mère ou autres ascendants auront fait de la magistrature domestique, dont les art. 1075 et suivants de notre Code nous ont sagement tracé les règles.

140.— 5° Ces ménagements ne sauraient aller, pour nous, jusqu'au respect de l'œuvre accomplie par l'ascendant dont l'interdiction avait été déjà prononcée par arrêt au moment où le partage s'est produit. Il n'y aura pas nécessairement chose jugée relativement à la validité du partage antérieur. Celui-ci pourra être maintenu. Il n'en saurait être ainsi en ce qui touche le partage qui aura suivi.

De même que la décision portant annulation d'un partage antérieur au jugement qui aurait commencé par repousser la demande en interdiction de l'auteur de ce partage n'impliquerait pas contradiction avec ce jugement, de même aussi le jugement qui a admis l'interdiction ne saurait s'opposer au rejet de l'action en nullité d'un partage souscrit avant ce jugement. Celui-ci n'a décidé qu'une chose : c'est à savoir, qu'au moment où il a été porté, l'ascendant était dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Il n'a

pas dit qu'à *tous* les instants qui avaient précédé cette époque, l'insanité d'esprit avait également existé. Tout au plus le juge à qui serait demandée plus tard l'annulation du partage, qui se placerait à une date antérieure, pourrait trouver dans sa première décision un indice grave de l'existence de la démence au moment du partage. Mais rien n'empêcherait de combattre cette présomption par des documents contraires.

On serait donc admis à prouver, ou bien qu'au moment de la donation le disposant n'avait encore donné aucun signe d'infirmité d'esprit, ou bien même qu'il s'était trouvé à ce moment dans un intervalle lucide. Seulement, si la cause de l'interdiction était notoire dès l'époque du partage (503), le juge serait tenu de montrer plus de sévérité au sujet de la preuve offerte : il faudrait qu'il résultât clairement des faits et circonstances qu'il y avait eu intermission bien caractérisée, et non point seulement l'un de ces instants de repos passager, *inumbrata quies* pour emprunter le langage de la loi romaine (L. 18, § 1, ff. *de acq. vel amitt. poss.;* L. 6, C., *de curat. fur.;* L. 9, C., *qui test. fac. poss.;* Inst., lib. II, tit. XII, § 1).

141. — Le partage ne s'est-il produit qu'après le jugement d'interdiction, il est nul *de droit* (art. 502). Pour l'interdit, disions-nous à l'occasion d'un sujet qui n'est pas sans analogie avec celui-ci, pour celui qui a été déclaré fou par arrêt, il ne saurait y avoir, juridiquement parlant, d'intervalles lucides. En fait, le phénomène pourra se produire souvent; mais, en

droit, la chose est impossible!... Le jugement place l'interdit sous l'empire d'une présomption de déraison contre laquelle aucune preuve contraire ne saurait être admise (1350-1352), présomption qu'il est toujours, et sans intermittence, dans un état d'imbécillité, de démence ou de fureur; état permanent, n'ayant de limite que la manifestation publique par un jugement de mainlevée de la cessation des causes qui l'ont déterminé. « L'interdiction aura son effet du jour du jugement. *Tous* actes passés postérieurement par l'interdit sont nuls de droit » (art. 502).

Ainsi, nulle distinction entre les différents actes de la vie de l'interdit. L'article les comprend *tous!* Nous croyons que ce n'est pas sans raison, et surtout sans intention. La présomption d'insanité d'esprit que consacre l'art. 502 n'a-t-elle pas, en effet, pour fondement la difficulté, disons-mieux, l'impossibilité morale de bien discerner les intervalles lucides? L'homme, d'ailleurs, dont l'état habituel est la démence peut-il bien par lui-même suffire à sa protection, dans ces rares instants où il recouvre quelques lueurs de raison? Dans cette raison que la démence obscurcissait hier, et qui, demain peut-être, s'éteindra dans la démence, la loi pouvait-elle bien reconnaître une maturité suffisante pour suspendre momentanément les effets de l'incapacité?

S'il est défendu de s'arrêter devant l'existence d'intervalles lucides lorsqu'il n'est encore question que de prononcer l'interdiction (489), comment pourrait-on en tenir compte quand il s'agit de statuer sur le

sort d'actes souscrits par l'interdit dans ces mêmes intervalles ? Écoutons le tribun Tarrible : « Les lueurs équivoques de la raison qui reparaissent quelquefois chez les insensés et les furieux n'étaient pas un motif suffisant pour *modifier l'interdiction*, ou pour *en interrompre la continuité.* » (Fenet, X, p. 740. Comp. mon traité *Des Disp. par cont. de mar.*, t. II, nº 320, et t. III, nº 765.)

Quoi de plus clair ! La loi n'admet donc pas plus de distinction entre les temps où les actes ont été souscrits qu'elle n'en admet entre ces actes eux-mêmes.

142. — Cette distinction que nous n'apercevons pas dans les paroles du législateur, elle existerait cependant !

Bonne pour les actes ordinaires de la vie civile, pour ces actes qui n'ont rien de trop personnel, dans lesquels on peut être suppléé par un mandataire légal, par un tuteur, elle reste sans application à ces facultés exceptionnelles dont l'exercice ne saurait être délégué : le mariage, l'adoption, la reconnaissance d'un enfant, le droit de disposer à titre gratuit, de faire le *partage* qui nous occupe ici. S'il existe pour la donation entre vifs et le testament un système complet, se suffisant à lui-même, l'intimité des rapports existants entre les art. 502, 503 et 504 n'est-elle pas telle que si les deux derniers sont sans application au partage d'ascendant, il n'en saurait être autrement du premier ?

Pour que le raisonnement fût concluant, il faudrait que les trois articles appartinssent au même ordre

d'idées ; or, il en est autrement. L'art. 502 appartient au droit commun ; les deux autres ne contiennent que des dérogations aux règles de ce droit. En s'offrant à nous comme la proclamation légale de l'insanité d'esprit entraînant l'annulation forcée de tous les actes, sans permettre l'examen des faits, l'art. 502 ne fournit, en effet, qu'une application des principes généraux qui sollicitent l'annulation des actes de toute personne privée de sa raison. Les art. 503 et 504 font le contraire, en créant des obstacles à l'annulation de certains actes émanés de personnes dont la raison peut s'être éclipsée.

Si ces prémisses sont exactes, le motif même qui rend les art. 503 et 504 sans application à notre matière sera précisément celui qui lui devra faire appliquer l'art. 502. On comprendrait difficilement que le législateur qui, dans l'art. 901, se montre plus sévère pour le maintien des actes gratuits que ne le fait l'art. 504 pour le maintien des actes à titre onéreux, montrât ici pour l'annulation des seconds une facilité qu'il refuserait pour celle des premiers. La contradiction serait manifeste. Comment ! la loi, qui s'est proposé de protéger l'interdit contre ses propres faiblesses, l'empêcherait de vendre son bien, de le louer, moins que cela, d'y faire de simples réparations dans un intervalle lucide, et elle lui permettrait d'en disposer à titre gratuit, d'en faire le partage entre ses enfants durant ce même temps, sous prétexte qu'il s'était réconcilié avec le bon sens, qu'il était *sain d'esprit*, et qu'il remplissait par cela même la seule condition exigée par l'art. 901,

formant à lui seul toute la règle en cette matière! Est-ce admissible?

Oui, nous est-il répondu, cela est admissible, parce que les droits civils sont de deux sortes, et que s'il est sans inconvénient de retirer d'une manière absolue à l'interdit l'exercice de ceux pour lesquels il peut être suppléé, ce serait faire dégénérer en une sorte d'oppression et de tyrannie une mesure toute de protection, que d'appliquer la même règle à ceux dont l'exercice lui est essentiellement personnel.

La distinction peut être rationnelle; mais on peut affirmer qu'elle ne s'est pas présentée à l'esprit de la loi. Voici le commentaire officiel qu'en donnait le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat, le 9 floréal an XI: « La loi sur l'interdiction a pourvu au cas de démence; si elle *a été reconnue par jugement*..., l'acte *est nul*... Incapacité absolue de disposer: 1° les mineurs âgés de moins de seize ans; 2° *les interdits*... Le titre *De la Majorité et de l'Interdiction* y avait déjà pourvu; IL NE FAIT PAS D'EXCEPTION POUR LES INTERVALLES LUCIDES: ainsi, *il ne sera pas permis de distinguer*. Il déclare nuls les actes qui seraient faits postérieurement à l'interdiction. » (Fenet, XII, p. 579, 581.)

C'est à l'occasion de l'art. 901, et pour en justifier la rédaction, que se disaient ces choses. Elles nous apprennent que la loi sur l'interdiction a pourvu au cas de démence; que si cette démence *a été reconnue par jugement*, l'acte *est nul*. De quel acte est-il question? de la donation entre vifs et du testament. Ce

n'est pas tout : l'*interdiction* constitue, comme la minorité de seize ans, une cause d'incapacité absolue. C'est le titre *De la Majorité et de l'Interdiction* qui a décidé cela (art. 502). *Il ne fait pas d'exception* POUR LES INTERVALLES LUCIDES. Il *ne sera pas permis de distinguer*. Il déclare *nuls* les actes postérieurs à l'interdiction.

La question pouvait-elle être résolue d'une façon plus nette et plus péremptoire ?

143. — Nous le déclarons à notre tour, les nouvelles méditations auxquelles nous avons soumis la question depuis le moment où, dans un précédent ouvrage, nous la résolvions à l'occasion de la donation de biens à venir et du mariage dans le sens où nous le faisons aujourd'hui, nous ont confirmé de plus en plus dans notre premier sentiment.

Nous conviendrons, avec M. Demolombe (XXIII, nº 23), que si un doute était possible au sujet de la question de principe, c'est bien surtout à l'occasion du partage d'ascendant, acte éminemment favorable, qu'il devrait se produire. Mais la loi est trop absolue pour se plier, même dans ce cas, à la distinction proposée.

143 *bis*. — Mais rien ne s'opposerait, croyons-nous, à ce que le conseil de famille de l'interdit fît, en son nom, le partage de ses biens entre ses enfants, dans les cas et dans la forme indiqués par l'art. 511 du Code civil.

144. — Que la donation entre vifs soit interdite d'une manière absolue au faible d'esprit et au prodigue soumis par décision de justice à la direction d'un

conseil, c'est ce qui ne se discute plus aujourd'hui. La preuve de cette vérité ressort manifestement de la défense d'*aliéner* que leur font les art. 499 et 513 de notre Code. La conclusion, c'est que ces personnes sont également inhabiles au partage d'ascendant par acte entre vifs, sans l'assistance de leur conseil; car il y a, dans un cas aussi bien que dans l'autre, dépouillement du disposant, et ce dépouillement est également actuel et irrévocable dans les deux hypothèses.

Il en serait autrement du partage testamentaire, par la raison que le droit de tester n'est pas de ceux que les articles de loi que nous venons de rappeler interdisent à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. « Celui à qui on donne pareil conseil, disait l'orateur du gouvernement, peut se marier; *il peut faire un testament.* » (Fenet, X, 70.)

Cela se comprend aisément : l'altération des facultés intellectuelles a ses degrés. Si le juge a reconnu qu'il restait à la personne un suffisant degré de lumière pour échapper aux liens de l'interdiction, il a dû se borner à venir au secours de sa faiblesse, fixer des bornes à sa participation aux actes de la vie civile, sans l'en exclure, pour cela, d'une manière absolue.

Disons donc, en appliquant au partage d'ascendant ce que disait la Cour de cassation au sujet du testament ordinaire, « qu'il suit de là qu'au cas de nomination de conseil judiciaire, il y a lieu de recourir à un nouvel examen et à une nouvelle appréciation des faits contemporains de la confection du testament pour déterminer la capacité du testateur à cette époque;

que ce nouvel examen, fait dans le but de l'application spéciale de l'art. 901, peut seul servir à décider si la personne qui a testé (qui a fait partage dans la forme testamentaire) était, au moment de la confection de l'acte, saine d'esprit. » (Req., 14 fév. 1849; Dall., XLIX, V, 176.)

145. — Également subordonné aux principes des art. 901 et 902, le partage de l'ascendant retenu par mesure administrative dans un établissement d'aliénés, en vertu de l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838, sera maintenu ou annulé, suivant que le juge reconnaîtra que son auteur était ou non en possession de la plénitude de son intelligence au moment de la disposition. En ce cas encore, la présomption de validité déduite de la règle posée par l'art. 902 ne saurait disparaître entièrement; mais l'état de détention de l'auteur de l'acte en devra atténuer sensiblement les effets.

146. — L'art. 3 de la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile, porte : « Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut *disposer* de ses biens, en tout ou en partie, *soit par donation entre vifs, soit par testament;... tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation... est nul.* » Il résulte bien clairement de ce texte que notre partage d'ascendant, qui ne se peut faire qu'avec les *formalités* et *conditions* de la donation entre vifs ou du testament, est absolument interdit au condamné dont il parle.

Cette interdiction, dont la justification nous a été si facile dans ses applications aux dispositions à titre

gratuit ordinaires (comp. *Disp. par cont. de mar.*, II, nº 356), n'est pas moins rationnelle dans celle qu'elle reçoit ici. Nous reconnaîtrons, avec l'un des membres dissidents de la commission du Corps législatif, que le partage entre vifs fait par la condamné donnerait à la société une satisfaction de plus « en faisant cesser, au profit des enfants de celui-ci, les effets de l'interdiction légale dans les liens de laquelle son patrimoine se trouve engagé pour toute la durée de sa vie. » Mais au prix de quel sacrifice moral n'aurait pas été achetée cette convenance des héritiers ! pourrait-on sans offense pour la vindicte des lois concéder à l'homme que la justice avait d'abord voué à l'échafaud l'exercice de cette sorte de mandat d'honneur, de cette magistrature patriarcale supposant, chez celui qui en est revêtu, tous les titres à la confiance ? Ce n'est pas, disait fort éloquemment le rapport de la commission au Corps législatif, ce n'est pas « à une voix sortie du bagne ou d'une île d'expiation perpétuelle qu'il peut être permis de s'écrier : *Dico testator, et erit lex.* » Non, ce n'est point à celui-là, répéterons-nous ici, que la sagesse du législateur pouvait reconnaître le droit de refaire la loi des successions, ou simplement de régler le sort des parts attribuées à chacun par la loi du sang. Ce n'est pas en de telles mains que la loi doit abdiquer une part, si faible qu'elle soit, de sa puissance. Que n'aurait pas à redouter la morale publique d'une pareille concession !

147. — Une grave controverse existe au sujet du degré d'incapacité de l'individu frappé d'interdiction

légale, aux termes des art. 29 et 30 du Code pénal, par suite de condamnation temporaire. Nous avons à nous demander ici si ce condamné peut faire le partage de ses biens entre ses enfants.

L'art. 29 porte que, « pendant la durée de sa peine, le condamné sera *en état d'interdiction légale;* qu'il lui sera nommé un tuteur et un subrogé tuteur *pour gérer et administrer ses biens.* »

Suivant une première opinion, le condamné conserve la jouissance et même l'*exercice* de ses droits civils; l'administration seule lui en est retirée. Il pourrait donc, pendant la durée de l'expiation, s'obliger, disposer à titre gratuit et onéreux, et, par cela même, faire le partage d'ascendant. Cette opinion ne s'appuie pas seulement sur le texte de l'art. 29, elle invoque également son esprit; la loi n'aurait eu d'autre but que de pourvoir aux nécessités, à l'abandon de l'administration des biens, d'empêcher le condamné de recevoir des secours, de toucher ses revenus (art. 31 C. pén.). Bien différent de l'art. 28, qui retire au condamné contumax, pendant les cinq ans qui lui sont accordés pour se représenter, la jouissance de ses droits civils, l'art. 29 ne prononce contre le condamné à temps ni incapacité ni déchéance. (Comp. Toullier, VII, n° 111.)

Dans une seconde opinion, ne retenant de l'art. 29 que l'*interdiction* qu'il prononce, le condamné serait frappé d'une déchéance absolue. L'interdiction de droit dont il est parlé dans cet article trouverait sa règle dans l'art. 502 du Code civil. On ne compren-

drait que difficilement, poursuivent ses partisans, qu'on accordât au condamné le plus, quand le moins lui est refusé; qu'on lui permît de vendre, de donner, de tester (de faire le partage d'ascendant conséquemment), quand on lui retire celui d'administrer. Combien ne seraient pas plus considérables les secours que le condamné retirerait de l'aliénation de ses biens que ceux que lui fourniraient leurs seuls revenus! (Dur., VIII, n° 181; Demante, I, p. 55; Valette sur Proudhon, II, p. 554; Boitard, *C. p.*, p. 188.)

148. — Nous estimons avec le savant professeur de Caen (t. I, p. 192) et la jurisprudence (Cass., 25 janv. 1825; Dall., XXV, I, 147; Paris, 7 août 1837; Devil., XXXVIII, II, 268), qu'il faut distinguer et prendre à chacun des deux premiers systèmes ce qu'il a de conforme aux intentions manifestes du législateur. Que le condamné ne puisse contracter, s'engager, vendre ou aliéner à titre gratuit ou onéreux, on le comprend: ces actes n'auraient pas seulement pour effet, sinon de lui fournir le moyen « de faire, par de scandaleuses profusions, d'un séjour d'humiliation un théâtre de joie et de débauche, » de lui procurer des jouissances incompatibles avec le sort que lui a fait sa condamnation, de lui procurer des moyens matériels de corruption ou d'évasion; ils seraient également inconciliables avec l'administration du tuteur. Mais qu'il soit également interdit au condamné de tester, de faire, conséquemment, entre ses enfants le partage testamentaire de ses biens pour le temps où il n'existera plus, on le comprend moins.

Il est difficile d'admettre que la loi ait entendu lui enlever sans utilité l'exercice de ce droit précieux, et que le véritable but de l'art. 29 soit d'ajouter à la peine principale cette peine accessoire. On n'apercevrait pas, à part celle de la durée, de différence entre la pénalité infligée aux condamnés à perpétuité et celle infligée aux condamnés à temps. Pourtant, la distance qui, dans l'échelle de la criminalité, sépare l'une de l'autre semble appeler, comme accessoire, une sévérité plus grande pour les premiers que pour les seconds.

Nous estimons donc que le droit de tester est conservé au condamné à temps dont nous parlent les art. 29 et 30 du Code pénal; que si, conséquemment, la faculté de faire le partage par acte entre vifs est incompatible avec sa situation et avec la tutelle dont il est pourvu, rien ne s'oppose à ce qu'il se livre à ce partage dans la forme testamentaire.

149. — L'occasion se présentera rarement pour le mineur de faire le partage d'ascendant. Mais voulût-il, si rarement que ce puisse être, recourir à cette disposition, il y aurait à distinguer entre le partage par acte entre vifs et le partage testamentaire. La combinaison des art. 903 et 1076 opposera un obstacle insurmontable au premier. Le rapprochement de cette dernière disposition de l'art. 904 conduit à une solution contraire, en ce qui touche le second : la difficulté ne saurait porter ici que sur la mesure même du droit.

150. — Aux termes de l'art. 904, le mineur parvenu

à l'âge de seize ans ne peut disposer par testament que jusqu'à concurrence de moitié de son patrimoine. Dans le partage testamentaire qu'il fait entre ses enfants, sera-t-il tenu de respecter cette limite ? Oui, à s'en tenir aux termes mêmes de la loi.

La majorité des auteurs s'est arrêtée à la solution contraire, comme plus conforme à son esprit (Genty, p. 120 ; Saintesper-Lescot, IV, 1814 ; Dalloz, *Disp. entre vifs*, 4515 ; Demolombe, XXIII, 22 ; Réquier, nº 44).

Deux raisons principales sont invoquées à l'appui de cette opinion : la première, c'est que la moitié frappée d'indisponibilité par l'art. 904 ne constitue qu'*une réserve* d'une espèce particulière au profit des héritiers du sang, et que le partage dont il est ici parlé n'en connaît pas, en ce sens que, fait au profit de ceux-là mêmes à qui cette réserve est due, rien ne saurait l'empêcher de comprendre le patrimoine tout entier. La seconde, c'est que les dangers en vue desquels cette indisponibilité particulière a été créée, c'est-à-dire le défaut de maturité du mineur et les entraînements auxquels il est exposé, ne sont nullement à craindre quand il se borne à répartir ses biens entre ceux-là mêmes à qui la loi les destine.

Si plausibles qu'elles puissent d'abord sembler, ces considérations ne sauraient prévaloir. La capacité du mineur se mesurant ici, aussi bien que celle du majeur, sur celle de disposer à titre gratuit (1076), nous aurions peine à comprendre qu'il pût faire entrer l'universalité de son patrimoine dans son partage testamentaire,

quand les legs qu'il voudrait se permettre ne sauraient excéder la moitié. Et ne serait-ce point une erreur de croire que l'intérêt de la famille soit ici hors de cause? Comment ne pas reconnaître que le partage peut être pour elle une cause de préjudice plus grave que les legs! Ceux-ci ne sauraient entamer la réserve. Il en est autrement de celui-là.

Où nos contradicteurs ne voient qu'une question de réserve, que le partage d'ascendant peut embrasser aussi bien que le disponible, nous ne saurions apercevoir qu'une question de capacité, limitée par le manque de discernement de l'agent et par le danger d'entraînements non moins à redouter ici qu'en toute autre disposition à titre gratuit. Ne perdons pas de vue que c'est au chapitre relatif à la capacité de disposer qu'appartient l'art. 904, et que rien n'en subordonne l'application à la qualité de ceux à qui devra profiter la disposition. Tout nous indique donc qu'il ne saurait être scindé; que la capacité testamentaire qu'il reconnaît au mineur est inséparable de la limitation qui s'y trouve apposée.

On nous concède que les dispositions préciputaires qui pourraient être insérées au partage du mineur se devraient renfermer dans les limites de la moitié. Ce correctif obligé ne sert qu'à mieux faire comprendre le manque de fondement de la doctrine principale. (Comp. Bertauld, *l. c.*, n° 39. — V. aussi *Rev. crit.*, XXX, 387.)

151. — Incapable de donner entre vifs sans l'assistance de son mari à l'acte, la femme mariée l'est-elle

également de faire entre ses enfants le partage de ses biens sans l'accomplissement de la même formalité? Nous n'en faisons aucun doute. Sans distinction du régime matrimonial par elle adopté, la femme est absolument incapable de partager ses biens entre ses enfants par acte entre vifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou, à son défaut, sans en avoir obtenu l'autorisation de justice. Ainsi le veut le principe général posé par les art. 217 et 905 § 1; principe fondé sur le respect dû à l'autorité maritale, qui interdit à la femme durant le mariage toute espèce d'aliénation à un titre quelconque, mais bien plus justement applicable encore aux actes gratuits qu'aux actes à titre onéreux, qui, à la différence des premiers, ne dépouillent le disposant que moyennant compensation.

Le motif de notre opinion, que nous déduisons de l'état de subordination légale de la femme, est trop général pour qu'il y ait à distinguer entre les différents régimes matrimoniaux sous lesquels peut être placée la disposante. La formule de l'art. 217, dont l'art. 905 n'est que le reflet, ne laisse aucun doute à cet égard : « La femme, même *non commune* ou *séparée de biens*, ne peut aliéner, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. »

Rien d'aussi formel et d'aussi général que ce texte de loi! Donc, sans distinction de sa condition matrimoniale, qu'elle soit commune, dotale, non commune, séparée de biens ou paraphernale, la femme, par un

retour salutaire à la pureté des anciens principes du droit romain, dont le droit de Justinien et la jurisprudence de nos anciens Parlements s'étaient écartés, retombe invariablement sous la puissance maritale quand il s'agit, soit d'ester en justice, soit de l'aliénation contractuelle de ses biens à titre gratuit ou onéreux.

152. — Cette solution a été contestée en ce qui touche la femme séparée judiciairement. Celle-ci serait habile à disposer de ses biens meubles à titre gratuit et onéreux sans l'autorisation maritale, et, par voie de conséquence, elle en pourrait faire l'objet d'un partage entre vifs à ses enfants sans recourir à cette autorisation. Cette opinion, que nous avons réfutée dans notre traité *Des dispositions par contrat de mariage*, repose sur une fausse interprétation de l'art. 1449 de notre Code civil. En nous disant qu'après sa séparation judiciaire, la femme mariée reprend l'administration de ses biens et la libre *disposition* de son mobilier, ce texte n'a eu évidemment en vue que les seules voies de dispositions commandées par les nécessités de l'*administration* qui lui a été rendue par le § 1er de l'article de loi en question, lesquelles excluent manifestement les aliénations *à titre gratuit*.

Aux raisons et aux autorités que nous avons énumérées dans la dissertation que nous avons précédemment consacrée à l'établissement de la thèse dont nous faisons ici l'application au partage d'ascendant, nous pouvons ajouter un arrêt de la Cour de Poitiers du 3 février 1858. « Attendu, porte cet arrêt, que le pou-

voir d'administration et d'aliénation de son mobilier sans l'autorisation de son mari, rendu à la femme séparée de biens, forme une exception au droit commun qui doit être restreinte dans de justes limites; qu'il n'a pas été dans l'intention du législateur de permettre à la femme de compromettre par son inexpérience et sa faiblesse les biens dont la gestion lui a été rendue; que s'il en était autrement, la séparation de biens prononcée pour sauvegarder ses droits deviendrait la source de sa ruine... » (Dall., LIX, II, 72.)

153. — Il est à peine besoin de mentionner — cela résulte assez clairement du rapprochement de notre art. 1076 de l'art. 905 § 2 — qu'en ce qui touche le partage testamentaire, la femme est affranchie de l'autorisation maritale, moins encore par le motif que les effets de ce partage sont renvoyés à la mort que par la raison que, le testament qui le renferme étant l'œuvre d'une seule volonté, *justa sententia de eo quod post mortem fieri volumus,* il ne saurait admettre le concours ni l'assistance d'un tiers.

154. — Il nous reste à faire observer, avant de clore sur ce point, que l'autorisation maritale n'a pas besoin d'être formulée en termes exprès; que la seule présence du mari à l'acte de donation portant partage de de la mère à ses enfants emporte l'autorisation requise. Il en serait encore de même si le mari concourait à l'acte pour son compte personnel, dans le cas, par exemple, où les deux époux feraient par le même acte partage entre leurs enfants des biens qui sont propres à chacun d'eux.

155. — La capacité, que personne ne conteste au sourd-muet qui sait lire et écrire, de disposer à titre gratuit emporte, sans plus de doute, la faculté pour lui de faire le partage de ses biens entre ses enfants.

Il n'y a pas plus de difficulté pour nous à reconnaître, en principe, le même droit au sourd-muet illettré, sauf à en subordonner l'application aux circonstances. Nous n'y mettons que la condition qu'il soit bien établi en fait que le sourd-muet a pu se mettre en communication avec le notaire et les témoins, de façon à ne laisser aucun doute sur ses intentions et sa volonté. Cette solution a pour principal fondement les dispositions des art. 902 et 1123, auxquels il n'a point été taxativement dérogé en ce qui touche le sourd-muet. Ce n'est pas par des raisonnements ou des analogies, fort contestables d'ailleurs, que se créent les incapacités. L'argument *a contrario*, *a fortiori* même, qu'on a entendu tirer de la disposition de l'art. 936 est sans force. Cet article est tout à fait étranger au point qui nous occupe. Ce n'est pas une question de capacité qu'il a voulu régler en interdisant au sourd-muet qui ne sait pas écrire l'acceptation *personnelle* d'une donation. Il s'est borné à établir, pour le cas qu'il prévoit, une simple formalité dans l'intérêt général des sourds-muets; il a voulu faciliter l'acceptation des libéralités à ceux que leur dénûment absolu d'intelligence laisserait, sans cette précaution de la loi, hors d'état d'en profiter.

L'analogie n'existe pas, d'ailleurs: il ne saurait y en avoir entre le donateur, qui sait toujours ce qu'il fait,

et le donataire, qui peut ignorer *a priori* à quoi l'engage l'acceptation d'une libéralité. Nous comprendrions difficilement qu'après lui avoir positivement reconnu, lors de la discussion de l'art. 146 au conseil d'État, capacité pour contracter mariage, pour défendre ou témoigner en justice (333, C. d'inst. crim.), on déniât au sourd-muet celle de faire le partage d'ascendant. Cette inconséquence de notre ancienne jurisprudence ne pourrait se concilier avec les progrès du temps et des améliorations apportées à l'existence intellectuelle des sourds-muets. Les auteurs de nos Codes ne pouvaient pas, au mépris de ces améliorations et des perfectionnements dus à l'ingénieuse charité des De l'Épée et des Sicard, maintenir d'une manière absolue des êtres disgraciés de la nature dans l'état d'abrutissement légal où les avait placés la loi romaine, ne tenant aucun compte de leur existence: *mortuo similis est* (L. 39, C., *de testam.*). Ils ne pouvaient admettre, avec nos anciens auteurs, « qu'un sourd-muet qui ne sait ni lire ni écrire ne peut donner des signes *certains* de sa volonté: d'où il suit qu'il est dans le cas de l'interdiction, et, par conséquent, qu'il ne peut donner entre vifs. » (Poth., *Donat.*, sect. I, art. 1; Ricard, 1re part., nos 131 à 139).

L'art. 902 corrige tout cela en nous disant que « *toutes* personnes peuvent disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, *excepté celles* que la loi en *déclare* incapables. » Il abandonne à l'arbitrage du juge l'appréciation des faits et des signes d'où se peut induire l'existence ou l'absence d'un con-

sentement raisonné. (Comp., Cass., 30 janvier 1844; Dall., XLIV, I, 49.)

156. — L'art. 446 du Code de commerce déduit une nouvelle cause d'incapacité de disposer à titre gratuit de l'état de faillite du disposant. Cet article déclare « nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à *titre gratuit.* » C'est là une de ces présomptions qui repoussent toute preuve contraire. La seule qualité de la disposition la fait réputer frauduleuse de la part du failli, et susceptible, par cela même, de résolution sur la demande du syndic ou de quelques-uns des créanciers (1167), sans qu'il soit besoin d'administrer aucune preuve de la complicité du donataire.

Le caractère de libéralité que nous lui avons précédemment reconnu range naturellement le partage par acte entre vifs sous l'application de la règle générale qui vient d'être rappelée. Il n'en pourrait être autrement qu'à raison des charges imposées aux héritiers copartagés : l'acte perdrait son caractère de libéralité. Ce ne serait plus, en ce cas, par l'art. 446 du Code de commerce, prononçant la nullité absolue des actes translatifs de propriété à *titre gratuit*, mais par l'art. 447, relatif aux dispositions à titre onéreux, que se devrait résoudre la question (arg. d'un arrêt de la Chambre des requêtes, 25 fév. 1845; Dall., XLV, I, 174).

157. — Une loi du 14 juillet 1819, par une sorte de retour à l'idée progressive de l'Assemblée constituante, a abrogé la règle de réciprocité posée par l'art. 11 du Code civil, en conférant aux étrangers la même capacité de succéder, de *disposer* ou de recevoir qu'aux régnicoles. On s'est demandé, en présence de cette disposition législative, si l'étranger non naturalisé en France pourrait faire le *partage d'ascendant*.

Les auteurs (Genty, p. 120; Demolombe, XXIII, n° 28) n'en font aucun doute. Comment ne le pourrait-il pas, nous dit M. Demolombe, aujourd'hui qu'il peut disposer à titre gratuit, soit par donation entre vifs, soit par testament, de la même manière qu'un Français!

Nous nous rangeons aussi à cette solution, sans nous rien dissimuler de la gravité des objections qu'elle soulève : ne voir dans l'exercice de cette douce magistrature du foyer domestique, de cette sorte de privilége n'ayant eu pour fondement, à son origine, que la puissance absolue du père sur ses enfants, « qu'une branche du droit général accordé aux parents de disposer de leurs biens entre leurs héritiers présomptifs » (M. Genty, p. 121), n'est-ce point méconnaître la réalité des choses? Est-on bien fondé à voir dans cette faveur spéciale accordée au père, à la mère et autres ascendants ; dans l'exercice de « ce dernier acte de la puissance et de l'affection des père et mère ; » dans ce jugement du père de famille, dont la loi présume toujours bien (rapport au Tribunat); « dans ce droit de

faire des dispositions qui, indépendamment de leur caractère de dispositions à titre gratuit, ont, en outre, le caractère légal de partage, » est-on bien fondé à voir autre chose qu'un attribut de la puissance dont la loi du sang investit les parents ; qu'un *statut personnel,* pour tout dire d'un mot, et dont les étrangers ne sauraient se prévaloir au titre même où elle a été conférée par le législateur aux régnicoles ou aux naturalisés Français ?

Si spécieuses qu'elles soient, ces objections ne sauraient arrêter : si à la base du partage d'ascendant s'est d'abord trouvée la puissance paternelle, il n'en est cependant pas l'exercice. C'est, ainsi que l'observation en a été faite précédemment, dans les garanties puisées dans la nature même de l'affection des père et mère pour leurs enfants, bien plus encore que dans le pouvoir qui leur a été donné sur eux, que réside aujourd'hui la faculté conférée par les art. 1075 et suivants.

158. — L'ascendant qui, par le contrat de mariage de l'un de ses enfants, lui a promis l'égalité, s'est-il interdit, par cela même, la faculté de faire à ceux-ci le partage de sa succession ? En aucune manière. Il n'a contracté qu'un engagement, celui de ne favoriser aucun de ses autres héritiers au préjudice de l'enfant doté. Il ne s'est interdit qu'un droit, celui de porter directement ou indirectement atteinte à la part héréditaire de cet enfant (1083).

Qu'est-ce, au juste, que cette promesse d'égalité faite au profit de l'un des enfants par son contrat de

mariage ? C'est, comme disait de Laurière, *le don irrévocable d'une part de la succession* (*Instit. contract.*, chap. I, nº 21 ; — V. aussi Cujas, *ad African.*, trait. II, p. 55); c'est, pour n'employer que le langage de la loi nouvelle (1082-1083), c'est une *donation de biens à venir,* des biens que le constituant laissera ou pourra laisser à son décès. Le droit est éloigné, périssable, susceptible de caducité ; mais il est *né.* Ce droit, c'est celui de se porter héritier pour une part *égale* à celle des autres héritiers. Le droit est *né;* l'ouverture seule est incertaine : *Dispositio statim ligat, nec suspenditur..., sed executio habet tractum* (Dumoulin sur Bourbonnais, art. 219). Le droit constitué est donc une donation, donation *sui generis,* et placée, par son éventualité, à côté de l'hérédité légitime ou testamentaire. L'expectative qu'elle donne, protégée contre les libéralités subséquentes, trouve un degré de sécurité de plus dans l'impossibilité où s'est placé le disposant de préférer désormais au donataire d'autre que soi-même.

« L'héritier conventionnel est plus favorable que l'héritier *ab intestat;* au lieu que celui-ci n'a qu'un simple espoir, et fort incertain, l'autre a un droit *acquis* et auquel on ne peut pas ouvertement déroger... Il est permis de donner tous ses biens entre vifs, au préjudice de l'héritier *ab intestat*, et il n'en peut pas réclamer ; mais comme semblable donation serait censée faite en fraude d'une institution d'héritier par contrat de mariage, aussi l'héritier la pourrait débattre. » (Henrys, t. II, p. 699.)

Tel est, dans son essence, le droit conféré par la promesse d'égalité : c'est un droit *héréditaire*. En quoi sa constitution pourrait-elle faire obstacle au partage d'ascendant ?

« Considérant, dit la Cour de Riom, que la création au profit de ses deux enfants d'un droit *égal* et *irrévocable* à sa succession ne saurait avoir pour effet de priver le père de famille de la faculté de faire le partage et la distribution de ses biens, conformément aux dispositions des art. 1075 et suivants... » (3 juin 1844; Dall., XLVI, I, 374). « Considérant, dit à son tour la Cour suprême, à l'occasion de la même affaire, que, si la promesse d'égalité faite par le père dans une institution contractuelle en faveur de ses enfants l'empêche de gratifier ensuite les uns au préjudice des autres, elle ne lui ôte cependant pas le droit, entièrement distinct, de faire ultérieurement entre eux un partage d'ascendant, pourvu que l'égalité promise y soit scrupuleusement observée... » (Req., 26 mars 1845 ; Dall., *l. c.*).

Rien de plus simple! tout se bornera à la double obligation pour le père de famille d'appeler l'enfant envers lequel il s'est engagé, l'héritier contractuel, au partage et à y *observer scrupuleusement* l'égalité promise. (Comp., Dijon, 13 juil. 1870; Dall. LXXII, I, 94.)

159. — Nous aurons à déterminer ultérieurement la véritable portée de ces dernières expressions, qui sont celles de la Cour régulatrice. La seule difficulté ne saurait effectivement consister que dans la conciliation, en ce qui touche la lésion, de la règle établie par

l'art. 1079 avec les prescriptions des art. 1082 et 1083. (Comp. nos 587 et 588.)

160. — L'interdiction pour le père, qui a promis l'égalité à l'un de ses enfants, de souscrire aucun avantage en faveur de l'un des cohéritiers du donataire, au préjudice de la part afférente à celui-ci dans sa succession *ab intestat*, n'admet pas de réciprocité. Rien ne s'opposerait donc à ce que l'égalité, qui n'a été promise qu'au seul donataire, fût rompue en faveur de celui-ci par un surcroît de libéralité n'ayant de limite que le disponible, et que le partage dans lequel cette limite n'aurait pas été excédée par le père de famille fût respecté. Aussi, faite au profit d'un seul ou de quelques-uns seulement des enfants, la promesse d'égalité n'a-t-elle rien de favorable : elle n'aboutit, le plus souvent, qu'à jeter la désunion dans les familles. Le moyen d'assurer le maintien de l'égalité absolue entre héritiers serait de la renouveler dans le contrat de mariage de chaque enfant.

161. — Mais jusqu'où s'étendra l'interdiction résultant pour l'ascendant de la *promesse d'égalité* dont il vient d'être parlé? Cette promesse aura-t-elle pour conséquence non-seulement la perte pour lui du droit d'avantager ses autres enfants, mais encore de celui de disposer dans le partage que plus tard il pourra leur faire de ses biens de sa quotité disponible en faveur d'étrangers?

Cette question est fort controversée. Nous l'avons précédemment résolue par la négative (comp. *Disp. par cont. de mar.*, t. I, n° 275), en l'envisageant d'un

point de vue différent de celui sous lequel elle se présente de nouveau à notre examen. Les éléments de décision n'offrant guère de différence, nous nous bornerons à les rappeler sommairement ici.

On fonde la solution affirmative sur les rapports d'identité qu'on dit exister entre la promesse d'égalité dont il est ici parlé et l'institution contractuelle *pure*, ou la donation d'une part *héréditaire*, dont l'effet est d'assurer à l'enfant donataire sa portion, non-seulement dans la réserve, mais encore dans la quotité *disponible*, de telle sorte que cette part tout entière lui soit irrévocablement acquise, sous les seules restrictions introduites par l'art. 1083. Le donateur, dans ce système, pourra bien encore, nonobstant la promesse d'égalité faite au donataire, disposer à titre gratuit de son disponible en faveur d'un étranger, mais *sous la déduction de la part qui en a déjà été assurée à ce donataire* par l'institution faite en sa faveur.

On ajoute, comme argument décisif, que le système contraire conduit à la négation la plus complète des effets de la promesse d'égalité, qui se trouveraient réduits *ad non esse*, cette promesse ne portant plus que sur une chose que rien ne pouvait enlever au gratifié, sa réserve. (V. Merl., *Rép.*, v^is^ *Inst. cont.*, § 6, n°s 3, 7; Dur., IX, 698; Coin-Delisle, art. 1082, n° 65; Tropl., *Donat.*, 2377; — Limoges, 29 fév. 1832; Paris, 26 janv. 1833; Douai, 28 mars 1835; — Dall., XXXII, II, 134; XXXIII, II, 197; XXXV, II, 137.)

162. — Nous répondons que la clause d'égalité

n'eut jamais la portée qu'on lui donne ici ; que l'effet en est naturellement limité, par ses termes comme par l'esprit qui l'anime, à la garantie au donataire de sa portion virile *contre ses cohéritiers ;* que cette interprétation est en parfaite harmonie avec ce qu'enseignaient nos anciens auteurs : « C'est *une espèce* d'institution contractuelle, dit Boucheul, que la déclaration dans le contrat de mariage que les enfants succéderont également, et de ne pouvoir avantager ses héritiers *les uns au préjudice des autres.* » — « Cette promesse n'est pas *une institution contractuelle*, » dit plus explicitement Lebrun. — « C'est une précaution, dit Bignon dans l'arrêt de 1625, rapporté par Bardel, qui laisse aux pères et mères la liberté entière d'user de leurs biens, pourvu qu'ils n'en donnent pas plus à l'un qu'à l'autre. »

Là, en effet, semble se borner l'effet de la promesse : c'est *une espèce* d'institution contractuelle, en ce sens qu'elle assure au donataire une part au moins égale à celle de ses cohéritiers ; mais, ce résultat atteint, la clause a produit tout son effet. C'est une simple précaution prise par le père de famille contre les entraînements de l'avenir, mais qui le laisse *entièrement libre d'user de ses biens*, pourvu qu'entre ses héritiers il maintienne l'égalité promise.

Comment, sans faire violence au sens naturel de la clause, y voir autre chose que la simple manifestation du désir de maintenir entre les enfants l'égalité qui est dans le vœu de la nature ; de garantir à ceux-ci, ou à l'un d'eux, des portions égales sans songer le moins

du monde, de la part du disposant, à se lier les mains en ce qui regarde les étrangers. Rien, dans l'esprit et dans les habitudes de la clause en question, qui ne s'accorde avec ces prémisses. Comment se produit-elle ordinairement ?

Deux familles sont en présence. Au moment d'unir deux de leurs membres, elles veulent prendre ce que tout à l'heure nous appelions des précautions contre l'avenir. C'est une fille qu'on marie. Les parents du futur époux, retenus par la crainte qu'en perdant le nom qu'elle porte pour prendre celui qui lui est offert, celle qu'ils vont adopter ne perde aussi, *pour enrichir un frère préféré* — le seul héritier du nom peut-être — une portion de sa part héréditaire, exigent la promesse d'*égalité entre les frères*, sans que la pensée des uns ou des autres se reporte sur les étrangers, envers qui le père de famille pourrait avoir à reconnaître un jour un service dans l'acte du partage qu'il pourra faire de ses biens entre ses enfants.

Nous n'avons point à le nier : en cas de dispositions de la quotité disponible en faveur d'un étranger, la promesse d'égalité n'a plus d'application qu'à la seule *réserve*, que rien ne pourrait enlever au gratifié, et qui, par cela même, n'avait pas besoin de garantie. Il est vrai. Mais comment ne pas voir que la conséquence ne conclut que pour un cas qui n'est pas celui que la disposition a entendu régir, puisque, ainsi que nous l'avons établi, elle n'a eu en vue que *les rapports des héritiers entre eux*, et nullement ceux du donateur aux personnes étrangères à la famille? La clause

d'égalité aura toujours eu *a priori* cet effet d'empêcher le donateur de disposer de la totalité de la portion disponible en faveur d'aucun des cohéritiers. (V., en ce sens, Championnière et Rigaud, *Droits d'enregistrement*, IV, 2951 ; Aubry et Rau, V, § 754, n° 5; Dall., *Disp. entre vifs*, n° 2000; cass., 15 déc. 1811; Bordeaux, 12 mai 1848 ; trib. de Lille, 24 nov. 1853 ; Dall., XLVIII, II, 155 ; LIV, III, 68.)

163. — Inutile d'ajouter que l'interprétation que nous donnons ici n'a d'application qu'à la clause d'égalité ordinaire. Elle serait différente si, au lieu de se borner *à promettre l'égalité*, ou à renoncer à avantager *un héritier au détriment d'un autre*, le disposant avait renoncé à *constituer aucun avantage au préjudice du gratifié ;* car, chaque fois que la disposition présente les caractères de la donation régie par les art. 1082 et 1083, on ne saurait hésiter à y reconnaître ce contrat avec ses conséquences. Il n'est pas indispensable qu'une convention prévue par le législateur ait été stipulée sous sa dénomination habituelle. Si toutes les conditions qui la constituent se rencontrent, cela suffira... « La forme de l'institution d'héritier et des donations de biens à venir, disait Chabrol, consiste uniquement à l'exprimer en termes intelligibles dans le contrat de mariage du donataire. » (Sur Auvergne, t. II, p. 323.)

Ce qui était vrai du temps de ce commentateur doit l'être bien davantage aujourd'hui. Ici donc, non moins qu'en toute autre matière, il faut se garder de la subtilité des formules et user largement de ce principe

de raison qui défend de juger des choses par le seul titre qui les décore : *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.* (L. 219, ff. *de verb. signif.*)

164. — Promesse d'égalité vaut donation d'une part héréditaire *respectivement aux héritiers du disposant.* Il ne saurait y avoir plus de doute à cet égard sous le Code qu'il n'y en avait dans les anciens principes, encore faut-il que cette promesse résulte bien clairement des termes employés par le disposant. Toute obscurité, ne le perdons pas de vue, se devrait interpréter en faveur de la liberté du promettant et contre le stipulant (1162), qui aurait toujours à se reprocher de n'avoir pas provoqué une rédaction plus précise.

165. — Disons en terminant que rien ne s'oppose à ce que l'ascendant, capable de faire entre ses enfants le partage entre vifs de ses biens, ne donne pouvoir à un tiers de le faire en son nom, et que le mandat de partager comprend virtuellement celui de faire tout ce qui est nécessaire pour la validité du partage. Ce n'est donc pas sans raison qu'il a été jugé par la Cour de Toulouse, le 10 mars 1843, qu'un partage d'ascendant ne saurait être annulé sous prétexte que la procuration, en vertu de laquelle il a été opéré, ne contenait ni le détail des biens ni la formation des lots ; encore faudrait-il que le mandat fût spécial.

Jusqu'à la loi du 21 juin 1843, on avait disputé sur la question de savoir si le mandataire du donateur, et, par cela même de l'ascendant procédant, au partage de ses biens entre ses enfants, devait, comme celui du

donataire (933), être porteur d'une procuration passée devant notaire. Mais l'art. 2 de cette loi a, pour l'avenir, tranché la difficulté dans le sens de l'affirmative. La controverse ne saurait donc subsister aujourd'hui qu'au sujet des donations antérieures à la loi de 1843. La solution affirmative n'a jamais été pour nous l'objet d'un doute bien sérieux. En exigeant un acte authentique pour la donation même, la loi a voulu s'assurer de l'entière liberté du donateur, et le but serait manqué si un mandat sous seing privé devait suffire pour la validité de la donation. Quelle raison, d'ailleurs, d'en dispenser la donation même, quand on l'exige pour son acceptation. La procuration qui renferme le consentement de donner aussi bien que celui de recevoir, est, à nos yeux, inséparable de l'acte de donation, et forme avec cet acte même un tout indivisible qui doit être assujetti, dans chacune de ses parties, à la condition d'authenticité exigée par l'art. 931. (Comp. mon *Traité des disp. par cont. de mar.*, II, n° 685.)

166. — « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs ; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale » (1339). On pourrait s'étonner qu'en présence d'un texte aussi formel, un savant auteur ait pu dire que, « par suite et d'après la règle *ratihabitio mandato æquiparatur,* l'ascendant peut ratifier le partage fait en son nom sans procuration » (Dalloz, v^is *Disp. entre vifs*, n° 4503). Pareille assertion ne peut tenir qu'à une distraction qu'il était nécessaire de signaler.

Nous la comprendrions cependant, cette assertion

avec cette addition — elle était sans doute dans la pensée de l'auteur, qui a négligé de s'en expliquer — que le partage, en ce cas, ne tirant force et vertu que de la ratification même, celle-ci devrait être donnée et acceptée dans la forme de la donation. Mais combien n'est-il pas plus simple et plus conforme aux idées juridiques de proclamer, contrairement à la proposition de M. Dalloz, qu'en cette matière l'engagement souscrit par un tiers sans mandat, se portât-il fort pour l'ascendant, est dépourvu de toute espèce de valeur, même conditionnelle; que la confirmation qu'y voudrait donner cet ascendant n'en pourrait elle-même produire que comme acte nouveau, ne tirant sa force que de lui-même, sans relation avec le passé, et sans aucun effet pouvant remonter rétroactivement à celui dont il entend reproduire les dispositions. (Comp. n° 222.)

167. — La faculté conférée par les art. 1075 et suivants revêt le caractère de droit personnel à l'ascendant, auquel il ne lui serait pas plus permis de renoncer qu'à la faculté ordinaire de disposer, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Attribut de la propriété, ce droit ne saurait être concédé à un tiers, ni perdu par prescription ou non-usage. Inutile d'ajouter qu'il échappe à l'action des créanciers de l'ascendant, sans intérêt d'ailleurs à l'exercer.

CHAPITRE SECOND.

DES PERSONNES APPELÉES AU PARTAGE D'ASCENDANT.

SOMMAIRE :

168. — Il ne peut comprendre par nécessité que les descendants.
169. — Il faut qu'ils soient héritiers présomptifs.
170. — L'existence de cette qualité suffit chez eux au moment de l'ouverture de la succession.
171. — Il doit n'omettre aucun descendant, à peine de nullité.
172. — Qui peut se prévaloir du vice de prétérition?
173. — Ce n'est qu'à l'ouverture de la succession qu'on peut juger de ce vice.
174. — Conséquences singulières.
175. — Moyens d'y remédier.
176. — Suite.
177. — Il doit les appeler dans la mesure de leurs droits.—Conséquences de l'infraction à cette règle. — Distinction.
178. — Application de l'art. 1078 aux enfants adoptifs. — Dans quelle mesure ?
179. — Nécessité d'appeler également les enfants naturels au partage.
180. — Démonstration.
181. — Les enfants incestueux ou adultérins restent en dehors du partage.
182. — Moyen pour l'ascendant d'écarter les enfants naturels.
183. — Cumul du préciput avec une part héréditaire.
184. — Nécessité d'appeler au partage le légataire ou donataire d'une universalité.
185. — Autrement dans l'ancien droit.
186. — L'enfant précédemment gratifié d'une part héréditaire viendra au partage pour cette part.
187. — Même solution quand l'institution contractuelle a eu lieu au profit d'un tiers.
188. — Suite.
189. — La capacité de droit suffit pour figurer au partage.
190. — Elle manque au condamné à une peine perpétuelle pour prendre part au partage par acte entre vifs.
191. — Il en est autrement pour le partage testamentaire.
192. — Suite.

168. — Les motifs que nous avons assignés au partage d'ascendant nous indiqueraient suffisamment, si la loi ne prenait le soin de le faire elle-même, les personnes qu'il y a nécessité d'y appeler.

Ce pacte de famille ne serait plus le partage d'*ascendant*, c'est-à-dire l'exercice de cette magistrature paternelle dont parle le tribun Favard dans son discours au Corps législatif, s'il pouvait entrer dans les nécessités de son être de s'adresser à d'autres qu'aux enfants ou descendants de son auteur et à ceux qui, à un titre quelconque, ont droit aux biens. La corrélation veut qu'il en soit autrement.

Nous l'avons déjà mentionné, la disposition de l'article 1075 est restrictive, et elle devait l'être pour rester dans l'ordre des motifs qui l'ont inspirée. Non-seulement le droit qu'elle confère est refusé aux descendants et aux collatéraux, mais il ne pouvait appartenir aux ascendants eux-mêmes qu'au regard de leurs seuls descendants, par la raison que, respectivement à tous autres, ils manquent de la qualité qui seule pouvait justifier la confiance du législateur : ils ne sont plus des ascendants. Ce qui ne veut pas dire que le partage objet de cette étude ne pourra comprendre que les seuls enfants ou descendants de celui de qui il émane, mais qu'il perdrait toute raison d'être si la répartition qu'il opère n'était motivée par la qualité de ceux-ci.

169. — Mais cette qualité ne suffit pas; ce n'est pas assez, pour avoir le droit de prendre part au partage en question, d'être au nombre des descendants; il faut

encore être rangé parmi les *héritiers présomptifs*, être appelé par la vocation légale à recueillir une part de l'hérédité à partager. Nous savons, en effet, qu'en faisant personnellement la distribution de sa succession, l'ascendant ne fait que ce que, en l'absence de cette sage précaution de sa part, auraient à faire les parties elles-mêmes, ou la justice à leur place. Dans les anciens principes, la démission de biens qui intervertissait l'ordre des successions ne constituait pas *la démission de biens* véritable, et ne jouissait pas des immunités accordées à celle-ci : ce n'était qu'une donation ordinaire. (V. Dict., *Des Dom.*, v[is] *Démission de biens*, p. 463.)

Ces principes n'ont rien perdu de leur valeur sous le Code, et sont d'une entière application à notre partage entre vifs.

170. — Mais si la qualité d'héritiers présomptifs est indispensable aux descendants pour prendre part au partage de leur auteur, est-il également nécessaire que cette qualité existe déjà chez ces descendants au moment même du partage? ne suffirait-il pas, au contraire, qu'elle se trouvât réalisée par le fait d'événements ultérieurs au temps de l'ouverture de la succession?

La question est sans application au partage testamentaire. Ce partage, comme l'acte même qui le renferme, demeurant absolument dépourvu d'effet jusqu'au décès de l'ascendant, nulle autre époque n'est à considérer. Il suffira donc qu'à ce moment la distribution se trouve faite à ceux qui arrivent à la succession.

La difficulté se borne au partage par acte entre vifs, encore suppose-t-elle que c'est un véritable partage que s'est proposé l'ascendant, en vue d'éventualités qui pourraient faire acquérir aux donataires la qualité d'héritiers qui leur manque aujourd'hui. Il est évident, en effet, que s'il ne s'était proposé qu'une série de donations ordinaires sans corrélation entre elles, en dehors de toute prévention de la répartition que devra nécessiter l'ouverture de la future succession, les événements ultérieurs seraient sans influence sur le sort de la disposition qui n'aurait rien eu de conditionnel dans son principe.

Étant donc admise l'hypothèse d'un partage fait par l'ascendant en vue d'une qualité qui n'existe pas encore chez les copartagés, qu'arrivera-t-il si, à l'ouverture de la succession, cette qualité se trouve réalisée ? La disposition a un effet immédiat, sans doute ; mais cet effet est celui de la donation, ne contenant encore qu'une répartition ordinaire et attendant l'ouverture de l'hérédité pour revêtir le caractère du partage de succession. Ce n'est donc qu'à cette époque, et d'après l'état des choses alors existant, que la validité en doit être appréciée. Tant que vécut l'ascendant, il ne put avoir que des donataires entre qui existèrent les rapports de copartagés ordinaires. A sa mort, c'est une transformation qui s'opère : de donataires copartagés qu'ils étaient, les descendants deviennent héritiers si rien en eux ne répugne à ce qu'il en soit ainsi, si, comme dans notre hypothèse, le rang qu'ils occupent *à ce moment* dans la famille vient se prêter à cette

transformation, qui d'un partage ordinaire fera un partage de succession. Dans le cas contraire, la disposition est frappée de caducité, en tant que partage. Nous aurons à nous demander plus tard (nº 712) si elle peut revivre comme donation de la quotité disponible.

171. — Image du partage ordinaire qu'il a pour objet de prévenir, le partage d'ascendant ne sera valable qu'à la triple condition : *de ne comprendre que des personnes* entre qui, à son défaut, aurait dû se faire la répartition de l'hérédité — c'est ce que nous venons d'établir ; — *de n'omettre aucune d'elles; de les traiter toutes en raison des droits que leur reconnaît la loi.* C'est ce qui nous reste à justifier.

Le législateur n'en eût pas fait une règle expresse, que la nécessité de n'omettre dans le partage d'ascendant aucun des héritiers appelés par la loi du sang à recueillir une part de la succession résulterait de l'essence même des choses. La répartition anticipée manquerait son but; elle ne suppléerait pas à celle qu'auraient à faire les appelés au décès de l'auteur commun si, de même qu'elle ne doit comprendre qu'eux, elle ne les comprenait pas tous; si elle laissait à l'écart l'un de ceux qui, à l'ouverture de la succession, se trouveraient y avoir des droits indivis. Le concours de chacun des intéressés tient donc à l'essence même de l'opération qui a le partage de cette masse pour objet. Ce partage ne se comprendrait pas plus, dans l'ordre des idées juridiques, sans la présence de tous les intéressés, que le tout ne se comprend, dans

l'ordre matériel, sans la réunion de chacune des parties qui le composent. Au regard de l'héritier omis, le partage représente la disposition de la chose d'autrui, c'est-à-dire un acte absolument destitué de valeur.

La loi prononce donc la nullité du partage qui ne comprend pas tous les enfants ou descendants appelés, au jour de la mort de son auteur, à recueillir sa succession, soit de leur chef, soit par représentation : preuve certaine qu'il ne saurait être considéré comme une collection de libéralités individuelles ; autrement le descendant omis n'aurait droit qu'à la réclamation de sa réserve.

172. — La loi, disons-nous, prononce la nullité du partage d'ascendant quand il omet l'un ou plusieurs des descendants appelés, au jour du décès, à une part de l'hérédité, soit de leur chef, soit par représentation. Toutefois, comme les enfants allotis au partage ne pouvaient pas être contraints à demeurer indéfiniment exposés à l'action de ceux qui ont été privés du même avantage, la loi a voulu que cette nullité absolue pût être indifféremment invoquée par les enfants ou descendants entre qui le partage a été fait, et par ceux qui en ont été écartés; que tous en pussent indistinctement provoquer un nouveau (art. 1078).

173. — Pour que le vice de prétérition puisse être signalé, il faut qu'un droit héréditaire ait été réellement méconnu. Or, ce n'est qu'après l'ouverture de la succession , et quand chacun des appelés aura pris parti, qu'il sera possible de se fixer à cet égard. Il ne suffira donc pas qu'un enfant existant au moment où

s'est fait le partage ait été omis. S'il est mort avant l'ascendant, il n'a jamais eu de droit à la succession de celui-ci, et le partage ne saurait être querellé comme violant un droit inexistant.

Autre hypothèse : l'héritier omis survit au *de cujus*, mais il renonce à la succession, ou en est repoussé comme indigne. On fera prévaloir l'esprit de la loi sur les expressions par elle employées, d'où se pourrait induire une interprétation différente, et l'opération sera maintenue. Si la loi ne s'explique ouvertement, en effet, qu'à l'égard des *prédécédés*, en ne déclarant la nullité du partage qu'autant que tous les enfants *existants au moment du décès* n'y ont pas figuré, il y a évidemment même raison en ce qui concerne les renonçants ou les indignes.

Ces derniers, d'ailleurs, n'existent pas, à vrai dire, au point de vue du partage de l'hérédité, et ce serait méconnaître ouvertement les intentions du législateur que de ne pas entendre ces expressions : enfants qui *existeront* au jour du décès, *secundum subjectam materiam*, et de ne pas comprendre qu'elles sont sans application à ceux que leur renonciation ou des causes d'indignité ont écartés du partage, aussi bien qu'à ceux qui auraient payé le tribut avant l'auteur du partage.

Ne perdons pas de vue que c'est de la nullité du partage, et non de la donation ou du testament qui contient ce partage, qu'il est ici question. Or, le moyen de frapper de nullité un partage à raison de la prétérition de personnes qui n'ont pas le droit, et qui jamais

n'eurent le droit de s'y faire comprendre, cela est impossible.

En ce cas, le partage sera à l'abri de toute attaque. Il ne pourra être querellé, ni par le renonçant ou l'indigne, puisqu'ils sont désormais sans droit à la succession, ni par les autres héritiers, puisqu'ils seraient sans intérêt à en provoquer un nouveau.

174. — Il suit de ce qui précède que le partage pourra se trouver valide, nonobstant la prétérition de quelques-unes des personnes qu'au moment de sa confection il aurait dû naturellement comprendre; mais il arrivera, en revanche, que, régulier dans son principe, il pourra se trouver nul par l'effet d'un événement ultérieur, par la survenance d'un enfant — cet enfant fût-il posthume — ou par le retour d'un absent qu'on croyait mort.

La nullité prononcée par l'art. 1078 restant ainsi subordonnée aux événements à venir, il en résulte que, jusqu'au décès de l'ascendant, le sort de l'acte reste lui-même en suspens, l'enfant dont la survenance pourrait motiver la nullité pouvant disparaître avant le disposant, ou se trouver écarté de la succession par renonciation ou indignité. C'est une première différence à signaler entre les effets de l'art. 1078 et ceux de l'art. 960, qui déclare la donation résolue par le seul fait de la survenance d'un enfant au donateur, sans possibilité de réhabilitation de la disposition par le prédécès de cet enfant.

175. — Comment remédier à l'instabilité dont il vient d'être fait état? M. Grenier conseille de faire le

partage sous la forme testamentaire et de ne l'opérer que dans les instants qui précèdent la mort. Il est un moyen plus efficace de prévenir l'annulation par survenance d'enfant : c'est d'assigner une part éventuelle aux enfants à venir ; seulement, ici encore, l'expédient sera sans application au partage par acte entre vifs, n'emportant pas seulement nécessité d'existence chez les prenant-parts (906-1076), mais encore celle du dessaisissement absolu et immédiat de l'ascendant. (Cass., 22 mai 1838 ; Nancy, 22 fév. 1838 ; Dall., XXXVIII, I, 250 ; XXXIX, II, 153.)

176. — L'omission des descendants n'arrivant à la succession que par représentation d'un enfant prédécédé ne pourrait motiver de réclamation, de la part de ceux-ci, et la demande d'un nouveau partage, qu'autant que cet enfant n'aurait pas été personnellement apportionné dans le partage de l'ascendant, que la branche à laquelle ils appartiennent aurait été entièrement omise.

Où puiseraient-ils leur droit à un apportionnement nouveau, si celui qu'ils représentent avait été compris au partage ? C'est à sa place qu'ils remontent ; c'est la portion que lui avait assignée le partage qu'ils *recueillent* à son lieu, si le partage a revêtu la forme testamentaire (v. *inf.*, nº 434) ; qu'ils ont précédemment trouvée dans sa succession, s'il avait revêtu celle de la donation entre vifs (v. *inf.*, nº 455). La renonciation qu'ils auront pu faire à cette succession aura eu pour effet, sans doute, de les priver de cette portion ; mais ils ne sauraient être recevables à se faire une arme

de cette renonciation pour attaquer un partage qui avait attribué à leur ligne la part qui lui revenait. Leur intérêt à faire tomber le partage disparaîtrait encore, d'ailleurs, devant l'obligation où ils seraient, aux termes de l'art. 848, de rapporter à un partage nouveau la donation faite à leur auteur, « ce qui, pour eux, produirait le même effet que le maintien du partage de l'ascendant. » (M. Colmet de Santerre, VI, n° 246 *bis*.)

Aussi, n'est-ce point cette hypothèse que prévoit l'art. 1078 ; il n'a manifestement en vue que celle où le représenté par les descendants dont il parle était déjà décédé au moment du partage, et où la qualité d'héritiers présomptifs était déjà venue se fixer sur la tête de ceux-ci.

177. — Ce n'est pas assez que tous les ayant-droit soient appelés au partage de l'ascendant, il faut encore que chacun y reçoive une part proportionnelle aux droits que lui confère sa vocation héréditaire.

Bien que l'art. 1078 semble borner la nullité essentielle qu'il prononce au seul cas d'omission complète de quelques-uns de ces ayant-droit, nous croyons que l'application en doit être étendue à celui où, le partage les ayant tous compris, il n'aurait pas été tenu compte des différences existant entre les droits héréditaires de chacun d'eux. Le vice de prétérition ne serait pas moins manifeste dans un cas que dans l'autre, les situations ne différant entre elles qu'en ce que, dans l'une, la méconnaissance du droit n'est que partielle, tandis qu'elle est entière dans l'autre.

Mais deux choses qu'il importe de ne pas confondre, et qui tiennent à des ordres d'idées différents, c'est la lésion résultant de différences dans la valeur réelle et effective des parts et ne donnant lieu qu'à une action en rescision, et la violation même dont il est ici parlé des droits conférés à certains héritiers et emportant nullité.

L'ascendant devra donc, sous peine de voir péricliter son opération, apportionner chacun des appelés dans la mesure légale de ses droits; faire le partage par souches, s'ils ne viennent que par représentation; le faire par têtes, au contraire, si tous sont placés sur le même plan ou appartiennent au même degré. Libre à lui d'ailleurs, si le partage se doit opérer par souches, de s'en tenir à la division principale ou de pousser l'opération plus loin, en subdivisant ensuite entre les descendants de chaque branche.

Inutile d'ajouter que les omissions ou prétéritions, dont ces subdivisions seraient elles-mêmes l'objet, seraient sans influence sur le sort du partage principal fait entre les souches; que ces subdivisions en seraient seules inficiées.

178. — Nous savons déjà que le partage d'ascendant ne peut comprendre que les héritiers présomptifs, c'est-à-dire les personnes appelées à recueillir la succession légitime; qu'il doit n'en omettre aucune, et les traiter toutes en raison même des droits que leur reconnaît la vocation héréditaire. Il reste à faire connaître ces personnes.

Le premier rang appartient incontestablement aux

enfants légitimes ou légitimés par mariage subséquent. S'il est même vrai de dire que c'est plus particulièrement en vue de ceux-ci qu'a été organisé le partage en question, il serait cependant impossible de n'en pas étendre également l'application aux enfants d'adoption; mais en ce qui touche le partage de l'adoptant seulement, l'adoption ne créant de droit de successibilité au profit de l'adopté que sur les biens de l'adoptant, sans en établir aucun sur ceux des parents de celui-ci (art. 350).

Il suit de là, que si l'ascendant compte plusieurs enfants adoptifs, il y aura *faculté* pour lui de faire entre eux la distribution de ses biens dans la forme des art. 1075 et suivants, mais qu'il y aurait, au contraire, pour lui *obligation* de donner à l'adopté une place dans le partage qu'il ferait de sa succession aux enfants — l'hypothèse en sera peu fréquente — qui lui seraient nés en mariage depuis l'adoption.

179. — Quant à l'enfant naturel légalement reconnu, on conteste, non point précisément son droit de prendre part au partage de son père naturel, mais la nécessité pour celui-ci de l'y comprendre. C'est à tort, suivant nous. Il n'y sera pas appelé au même titre et en la même qualité que les enfants légitimes, mais la nécessité de sa présence n'en sera pas moins réelle. Nous voulons bien qu'il ne soit pas un héritier (756), mais il est plus qu'un créancier ordinaire : il a un droit de copropriété à l'hérédité, et cela suffit pour qu'on ne puisse pas l'écarter impunément du partage d'ascendant.

Cette solution se justifie, pour les savants annotateurs de Zachariæ (MM. Aubry et Rau), par la généralité des termes de l'art. 1078, qui ne comportent aucune distinction, et par cette idée que le partage anticipé doit être fait entre tous ceux qui, en l'absence d'un pareil partage, se trouveraient admis à en provoquer un après le décès de l'ascendant.

Nous nous attacherons principalement à cette dernière considération qui, pour nous, est décisive. Il en faut toujours, en effet, revenir à cette idée mère : le partage d'ascendant est l'image du partage ordinaire qu'il a pour objet de prévenir. Or, s'il est incontestable qu'en partage ordinaire les héritiers légitimes ne sauraient, hors du cas prévu par l'art. 761 du Code civil, procéder régulièrement sans appeler l'enfant naturel, comment, de la part de l'ascendant, échapper à la nécessité de comprendre également cet enfant dans la distribution de ses biens héréditaires ?

180. — Il ne suffit pas à MM. Poujol (sur l'art. 1078), Duranton (t. IX, n° 635), Ancelot (sur Grenier, n° 397, note A), Dalloz (*R. a.*, v^is *Disp. entre vifs*, n° 4460) de répondre, en se fondant sur l'art. 756 et sur les dispositions de notre ancien droit, que le défaut de qualité oblige l'enfant naturel au respect du partage en question, sauf à réclamer la part qui lui revient dans ce partage par voie de réduction, et à M. Troplong (*Donat.*, n° 2324) d'ajouter « qu'il y aurait trop d'inconvénients pour les mœurs dans un mélange de la filiation légitime avec la filiation illégitime. »

C'est perdre de vue les changements apportés par le

droit moderne à la condition des enfants illégitimes; c'est oublier que, si ces enfants ne peuvent, pas plus aujourd'hui que sous l'ancien régime, prendre la qualité d'héritiers, ils n'en sont pas réduits pour cela, comme dans l'ancienne jurisprudence, à une simple créance alimentaire; qu'ils ont un droit de *copropriété* sur l'hérédité de leur auteur; que la loi leur accorde, pour en provoquer le partage, une action analogue à l'action *familiæ erciscundæ*, l'action *communi dividundo*, et qu'ils peuvent exiger que la part qui leur revient leur soit livrée en objets héréditaires, et par voie de tirage au sort.

« L'enfant naturel n'est point héritier, fait observer M. Genty; mais cette circonstance ne décide rien, alors qu'il s'agit de la validité du partage de la succession. On a droit de figurer à un partage, par cela seul qu'on est, à un titre quelconque, copropriétaire des biens qui en font l'objet... Donc, l'enfant naturel étant appelé, en qualité de successeur irrégulier, à une quote-part du patrimoine, il a le droit de figurer au partage de ce patrimoine, car il se trouve copropriétaire de tous les objets qui le composent. Il ne suffirait pas de lui fournir en valeurs quelconques l'estimation de la part à laquelle il est appelé. » (P. 127.)

On ne saurait mieux dire. Le droit de copropriété entraîne, pour le copropriétaire, le droit d'obtenir une part en nature, composée d'objets ou de parcelles d'objets pris dans la masse commune. Il ne suffirait pas d'autoriser l'enfant naturel à procéder contre les copartagés par voie de réduction à l'effet d'en obte-

nir sa part *en nature* des biens qu'ils auraient retirés du partage.

Cette voie, qui n'a rien d'obligatoire, entraînerait pour lui un morcellement nécessairement plus considérable que celui qu'il aurait été exposé à subir. En quoi, d'ailleurs, ce moyen, auquel il n'est, pas plus que les héritiers légitimes, obligé de se soumettre, parerait-il aux *inconvénients pour les mœurs du mélange de la filiation légitime avec la filiation illégitime!* Serait-ce donc qu'il y aurait moins de scandale à voir un enfant illégitime appeler chacun de ses frères bénéficiaires du partage fait par l'auteur commun devant les tribunaux, à l'effet d'en obtenir la restitution de la part qui lui revient, qu'à inscrire le nom de celui-ci dans une donation ou dans un testament portant partage de la succession de l'ascendant?

Les considérations morales échappent donc, aussi bien que les raisons juridiques, à la thèse que nous combattons.

Nous ne croyons pas possible de concilier l'exercice du droit de copropriété de l'enfant naturel, et de celui que nous lui reconnaissons également, d'exiger le rapport à la masse des avantages faits aux héritiers légitimes, avec le maintien du partage fait sans lui. Nous concluons donc que ce maintien est impossible.

181. — Il n'est pas besoin d'ajouter que notre solution est sans application aux enfants incestueux ou adultérins. A la différence de ceux dont nous venons de parler, ces enfants sont sans copropriété à la suc-

cession de leurs parents, qui ne leur doivent que des aliments (762).

182.—Nous noterons en terminant que l'ascendant, qui tiendrait à écarter de la distribution de ses biens le copartageant incommode dont il est ici question, en trouverait le moyen dans la loi : il lui suffirait, pour prévenir toute réclamation de sa part, de lui assurer, de son vivant, par acte entre vifs, la moitié au moins de ce qu'il aurait à retirer de sa succession, avec déclaration expresse qu'il entend le réduire à la portion qui lui est ainsi assignée (art. 761).

L'expédient est également applicable à l'une et à l'autre forme du partage d'ascendant. Mais rien ne s'opposerait, s'il n'avait d'autre but que de réduire la portion attribuée par la loi à son enfant naturel, à ce que le père réservât cette réduction pour l'acte même destiné à monumenter son partage entre vifs.

L'ascendant pourra donc, si telle est sa volonté, abaisser, par l'acte même qui contient le partage de ses biens, la part de son enfant illégitime jusqu'à la moitié de ce qui lui est attribué par la loi, à la seule condition de déclarer expressément son intention à cet égard.

Supposez un enfant naturel en concours avec un enfant légitime. Au lieu du sixième auquel l'art. 757 du Code lui donne droit, le partage pourra réduire cette part au douzième ou à une portion intermédiaire entre les deux termes dont il vient d'être parlé. Inutile de répéter que, la réduction dont il s'agit étant subordonnée à la mise en possession immédiate de

l'enfant à qui elle est imposée, elle ne saurait trouver sa place dans le partage testamentaire.

183. — On peut prévoir l'hypothèse inverse, celle où, sortant des termes d'une répartition ordinaire, l'ascendant s'est proposé d'avantager par son partage entre vifs ou testamentaire, non point son enfant illégitime — la loi ne lui en reconnaît pas le droit — mais l'un de ses enfants légitimes ou adoptifs. Ou bien, il a déjà, par un acte antérieur, disposé par préciput en faveur de cet enfant; ou bien, au contraire, l'avantage qu'il lui réserve n'est encore chez lui qu'à l'état de projet. Dans l'un aussi bien que dans l'autre cas, il sera loisible au père de famille d'apportionner cet enfant en raison de sa double qualité d'héritier et de donataire ou de légataire. Sont-ils deux? sont-ils trois? au lieu de la moitié qui, dans la première hypothèse, reviendrait à chaque enfant, il pourra apportionner l'enfant préféré jusqu'à concurrence des deux tiers correspondant : un tiers à la part héréditaire de cet enfant, un tiers à la quotité disponible. Au lieu du tiers qui, dans la seconde hypothèse, représenterait la part de cet enfant, il pourra élever cette portion jusqu'aux sept douzièmes de la masse, et correspondant à : un tiers lui revenant dans cette masse à titre d'héritier, et à un quart représentant le disponible.

Il est bien entendu que la validité du préciput restera subordonnée à la déclaration formelle de l'ascendant, la loi ne pouvant — dans un acte de partage dont l'égalité forme l'un des éléments essentiels — faire résulter la volonté d'avantager l'un des frères au pré-

judice des autres que de pareilles déclarations. Les cohéritiers seraient autorisés, à son défaut, à demander la rescision pour cause de lésion de plus du quart.

184. — De la faculté que nous reconnaissons à l'ascendant — nous en verrons plus tard les effets — de mêler au caractère purement distributif de son partage des éléments de disposition à titre de donation ou de legs, et de l'obligation d'appeler à ce partage ceux qui ont un droit de copropriété à l'hérédité qui en fait l'objet, nous concluons à la nécessité pour lui, s'il veut laisser à sa mort un partage testamentaire entre ses enfants ou descendants, et le legs d'une universalité au profit d'un tiers, d'apportionner également ce légataire dans son partage. La copropriété dans tous les biens de la succession, résultant pour ce légataire de la libéralité dont il est l'objet, fait effectivement de sa présence une condition essentielle de la régularité de l'opération.

L'observation ne se borne pas au partage testamentaire, elle reçoit également son application au partage entre vifs, qu'il conviendrait à l'ascendant d'accompagner d'une donation à titre universel en faveur d'un tiers. (Req., 12 août 1840; Devil., XL, I, 678.—Comp. nº 478.)

185. — Les dispenses de formes dont jouissait, en droit romain et sous notre ancienne législation, le partage d'ascendant n'auraient pu se plier à cette solution. (Comp. nº 7.) L'obligation de renfermer strictement l'exception dans les cas pour lesquels elle avait été faite y aurait mis obstacle. Mais aujourd'hui que,

ramené aux formes ordinaires des donations et des testaments, le partage d'ascendant ne jouit plus, sous ce rapport, d'aucune prérogative, rien ne pourrait s'opposer à ce qu'il renfermât une attribution à titre gratuit au profit d'un étranger. Mais il faut aller plus loin : attacher à cette attribution la nécessité pour l'ascendant d'en faire un apportionnement dans son partage, lequel, ainsi qu'il se verra plus tard, aura pour effet de conférer au bénéficiaire, avec la qualité de copartagé, tous les droits et obligations attachés à ce titre par le droit commun. (V. *inf.*, n° 465.)

186. — Il peut arriver aussi qu'avant de faire le partage l'ascendant ait, par institution contractuelle, disposé en faveur de l'un de ses enfants d'une quote héréditaire, du tiers ou bien du quart des biens qu'il laissera à son décès. Rien ne s'opposerait, suivant nous, à ce que l'enfant figurât au partage entre vifs ou testamentaire pour une part proportionnelle au montant de cette quote, fût-elle différente de celle que lui aurait assignée la vocation légale.

Il ne s'agira, dans ce cas encore, pour le père de famille, aussi bien que dans l'hypothèse prévue sous le n° 158, que de l'exercice de sa magistrature domestique, à l'effet de prévenir entre les siens les difficultés que pourrait amener, après lui, la distribution du patrimoine commun. Qu'importe que toutes les parties en soient déférées par la loi elle-même, ou que la volonté de l'homme soit pour quelque chose dans cette délation. Il suffira que la proportion pour laquelle l'enfant a été précédemment gratifié par son

contrat de mariage n'excède pas les limites posées par l'art. 1079 § 2.

187. — Y aurait-il plus de difficulté à le décider ainsi, dans le cas où l'institution contractuelle aurait eu lieu au profit d'une tierce personne, du conjoint, par exemple, à qui l'ascendant aurait, par son contrat de mariage, assuré une quote de ses biens ?

Nous noterons d'abord que le partage ne saurait laisser à l'écart l'institué qui, appelé à une quote-part de la succession sur laquelle il a un droit né et irrévocablement formé — tout conditionnel qu'il soit — doit être partie essentielle à la distribution qui devra s'en faire. Reste à savoir si, avec cette condition même, le partage d'ascendant est encore possible. Nous n'en faisons aucun doute.

La difficulté ne pourrait naître, dans tous les cas, qu'à l'occasion du partage testamentaire, œuvre de la seule volonté de l'ascendant. Il est fort clair, en effet, que le concours donné au partage entre vifs par tous les intéressés, par le tiers institué en particulier, formerait obstacle à toutes réclamations de sa part (1).

Eh bien ! donc, l'ascendant pourra-t-il, par le seul effet de l'exercice de sa magistrature domestique, faire porter son droit de distribution sur sa succes-

(1) Rien ne saurait s'opposer au concours de l'institué à l'acte. Son droit n'a effectivement rien d'éventuel : il est né. La réalisation en est simplement subordonnée à la condition qu'il restera, au décès, de quoi lui donner satisfaction. Il échappe donc à la prohibition des pactes sur succession future. L'institué en peut disposer comme de tout autre droit conditionnel. Il pourra donc consentir à ce que d'un droit à une portion *indivise dans la masse,* il se transforme en une portion composée d'objets certains et déterminés.

sion déférée, partie par la volonté de la loi, partie par la disposition qu'il en a précédemment faite ?

Il ne le pourra pas, nous dit-on, car la portion dont il a disposé par institution contractuelle est déjà sortie, sinon d'une manière absolue de son patrimoine, au moins de sa libre disposition *à titre gratuit* (art. 1083). S'il peut encore *s'aider de son bien*, comme disait Loysel, en ce sens qu'il en peut encore user pour ses besoins personnels, et, par cela même, en disposer à titre onéreux, il lui est interdit d'en « disposer à titre gratuit, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. » Or, le partage d'ascendant, envisagé dans les rapports de celui qui le fait à ceux à qui il s'adresse, constitue bien une disposition à titre gratuit; donc...

Cette solution est trop rigoureuse, et nous ne saurions nous y rendre. Elle tient manifestement chez M. Genty, qui en a eu l'initiative, à l'idée erronée, suivant nous, qu'il s'est faite du partage testamentaire. Ce partage, nous répète à cette occasion le savant auteur — et c'est son argument décisif — a pour résultat « de modifier l'attribution que la loi toute seule ferait de la succession. C'est bien ainsi, d'ailleurs, que la loi envisage les partages d'ascendants, puisqu'elle les soumet expressément aux *conditions et règles* prescrites pour les autres actes de disposition à titre gratuit. Donc, puisque l'ascendant ne peut plus disposer par une donation ordinaire, soit entre vifs, soit pour après sa mort, des biens compris dans une institution contractuelle, il ne peut pas davantage en disposer par

acte de partage. Dans ce dernier cas, en effet, comme dans le précédent, *il changerait la condition que l'institué contractuel devrait avoir en vertu de son institution :* or, il n'a pas ce pouvoir. » (P. 133-134.)

Nous croyons avoir réfuté cette argumentation d'avance en cherchant à nous fixer sur le véritable caractère du partage testamentaire et en répondant, à cette occasion, à M. Genty lui-même. (Comp. nº 91.)

La loi, répéterons-nous ici, a pu assujettir le partage testamentaire aux formalités, conditions et règles des dispositions à titre gratuit sans entendre, pour cela, en faire une libéralité à la manière dont l'entend l'art. 1083 du Code civil. Le partage testamentaire n'a rien d'attributif dans le sens naturel de l'expression : il réglemente plutôt qu'il ne dispose. Nous l'avons surabondamment établi, il n'est pas nécessaire de recourir au monde des fictions pour prouver que le partage sans mélange de licitation ou de soulte est purement *déclaratif*. Sans discuter plus longtemps sur le caractère plus ou moins attributif du partage dont il est ici parlé, nous pouvons affirmer qu'il ne constitue pas une disposition *à titre gratuit* dans le sens de l'art. 1083.

Au surplus, l'instituant, suivant une judicieuse observation de M. Bertauld (*l. c.*, nº 171), ne s'interdit les dispositions à titre gratuit *qu'au préjudice de l'institution,* et le partage d'ascendant, lorsqu'il est conforme à la loi, exécute l'institution et ne l'entame pas.

188. — Qu'a voulu l'art. 1083 ? Il a voulu remettre en honneur les principes qui régissaient l'institution

contractuelle de l'ancien droit, qu'à de légères différences près il a reproduite sous le nom de *donation de biens à venir*. Il veut que celui à qui une part héréditaire a été assurée par paction puisse compter sur quelque chose de plus que ce que lui garantissait la loi (comp. n° 129), tout en laissant à l'instituant le moyen de conjurer l'adversité en s'aidant de la chose donnée. Pour atteindre ce double résultat, il défend à celui-ci de disposer des biens donnés à titre gratuit, si ce n'est pour des causes exceptionnelles, et dans une mesure restreinte, en lui laissant toute faculté de les vendre et aliéner à titre onéreux. C'est donc bien d'une vraie libéralité qu'il s'agit dans cet art. 1083, d'une disposition qui enlèverait *au donataire*, *sans compensation aucune*, la chose qui lui a été assurée par contrat, c'est-à-dire la part de succession qui lui a été attribuée par son pacte matrimonial.

Quel rapport y aurait-il entre pareille disposition, privant le donataire de tous ses droits à la chose donnée, et le partage, se bornant à lui faire arriver la chose donnée toute partagée au lieu de la lui laisser arriver indivise et *confuse*, comme disait Henrys ?

Donc, l'institution contractuelle par lui souscrite, au profit d'un tiers, d'une quote-part de ses biens ne saurait faire obstacle au partage projeté par l'ascendant.

189. — En l'absence de disposition spéciale relativement à la capacité des descendants appelés à prendre part au partage dont il est ici parlé, devrons-nous recourir d'une manière absolue, ainsi que nous y convie l'art. 1076, aux conditions et règles écrites pour

les donations ou les testaments, suivant que le partage empruntera l'une ou l'autre de ces formes? Nous ne le saurions croire, et, si généraux que soient les termes du renvoi prononcé par l'article en question, nous y introduirons une distinction que nous semble commander la différence même des caractères que nous avons précédemment assignés aux deux modalités du partage dont il s'agit, et la promulgation de la loi du 31 mai 1854 abolitive de la mort civile.

Qu'il suffise aux descendants d'avoir la capacité de droit au moment de la donation ou de la réalisation du testament portant partage; qu'il suffise à ceux-ci d'être conçus au moment de la donation, si le partage est entre vifs, ou seulement au décès de l'ascendant, si ce partage revêt, au contraire, la forme testamentaire, c'est ce que personne ne saurait mettre en doute. L'art. 906 reçoit ici son entière application. A l'enfant qui ne serait pas encore conçu au moment du décès de l'ascendant ne manquerait pas seulement la capacité requise pour être compris utilement dans un testament ordinaire (906), il lui manquerait encore — et c'est à cette condition que nous devons plus particulièrement nous attacher en cette matière — il lui manquerait encore la qualité d'héritier, sans laquelle il ne peut pas plus être appelé au partage de l'art. 1075 qu'au partage du droit commun (725). Quant à celui dont la naissance ou la conception aurait suivi le partage par acte entre vifs, tout en se plaçant à une époque antérieure au décès, il serait une cause d'annulation de l'acte, non point en tant que donation,

mais en tant que partage : on ne pourrait voir en lui qu'un enfant prétérit, et y il aurait nécessité d'appliquer l'art. 1078, c'est-à-dire de procéder à un partage nouveau à la demande de cet enfant lui-même, ou de ceux-là mêmes qui auraient trouvé leur place dans la distribution du père de famille.

190. — Tant que subsista l'art. 25 du Code civil, tant que la mort civile, cette institution surannée, vieux vestige de la barbarie païenne — comme égarée au milieu d'une société où le christianisme a marqué l'empreinte de sa vertu civilisatrice — a conservé sa place dans le recueil de nos lois modernes, aussi inhabile à recueillir la succession paternelle qu'à recevoir par donation entre vifs ou par testament, l'enfant qui en était atteint se trouvait absolument incapable de figurer dans le partage *inter liberos*, soit qu'il empruntât la forme testamentaire, soit qu'il revêtît celle de la donation.

La mort civile est abolie, mais plusieurs de ses effets survivent. « Les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et 31 du Code pénal, » nous dit l'art. 2 de la loi de 1854. « Le condamné à une peine afflictive perpétuelle, ajoute l'art. 3, ne peut disposer de ses biens..., *soit par donation entre vifs, soit par testament, ni* RECEVOIR *à ce titre* si ce n'est pour cause d'aliments. »

Il nous a été aisé d'induire de ce texte l'interdiction, pour le condamné dont il parle, de faire le partage d'ascendant, sans distinction de la forme dont ce par-

tage peut s'envelopper. En pouvons-nous induire une prohibition également absolue pour le descendant de figurer au partage organisé par les art. 1075 et suivants? Non. Il faut distinguer, suivant nous, entre le partage entre vifs et le partage testamentaire. On peut regretter, avec M. Demolombe (XXIII, 30), que la loi nouvelle, qui conserve au condamné tous ses droits de successibilité, lui ait refusé celui de recueillir sa part héréditaire dans un partage entre vifs, d'autant que les conséquences de la pénalité qu'elle entend ainsi infliger au fils retombent, en fin de compte, sur le père. Elle ne prive pas seulement celui-ci de la satisfaction d'écarter de sa famille, par un procédé analogue à celui qu'autorise la loi pour l'enfant naturel (761), un membre qui n'est plus pour elle qu'un sujet de honte : elle lui enlève jusqu'à la possibilité de faire le partage entre vifs (arg. de 1078). Mais, si regrettable qu'il soit, ce premier résultat trouve sa justification dans la raison de droit, et c'est pour cela qu'il faut s'y soumettre. Le partage entre vifs procède d'un contrat, en effet ; il constitue une donation avant de constituer un partage. Si le droit de successibilité que lui reconnaît la loi de 1854 implique aptitude chez le condamné à concourir au second, la défense qui lui est faite de recevoir une libéralité l'écarte nécessairement de la première.

191. — Rien de semblable en ce qui touche le partage testamentaire. Notons d'abord que l'inconvénient résultant de la prohibition que nous combattons ne serait plus seulement, ainsi qu'on s'en plaignait tout à l'heure, de priver le père du condamné de la faculté

de faire le partage entre vifs. Il y aurait pour lui interdiction absolue d'user du bénéfice concédé par les art. 1075 et suivants. Voilà un père, en effet, qui, au nombre de ses enfants, a le malheur de compter un condamné à une peine perpétuelle. Cet enfant conserve le droit de venir, comme ses frères, à la succession paternelle pour y recueillir la part que la loi a assignée à sa qualité d'enfant. Jamais le père de famille n'aura mieux senti le besoin d'user de cette magistrature domestique dont l'ont investi les articles de loi que nous venons de rappeler, car jamais son intervention n'aura été plus opportune à l'effet de prévenir des dissidences presque inévitables, *ut a fraterno certamine eos preservent*. N'importe : il en serait empêché ! Pareille conséquence est-elle possible ? Si elle est dans la lettre, il serait impossible de la lire dans les motifs de la loi.

Qu'on écarte le condamné du partage entre vifs, nous le comprenons. Si, d'un côté, la loi lui conserve ses droits de successibilité, d'un autre elle lui défend de *recevoir une libéralité*. Il ne pourra donc recueillir sa part héréditaire qu'autant que, pour la réaliser, il n'aura pas de *donation à recevoir*. Or, c'est justement ce qui a lieu dans le partage entre vifs, emportant dépouillement actuel de l'ascendant et *saisine* immédiate au profit du descendant : c'est une libéralité que fait l'ascendant ; il faut passer par la donation pour arriver au partage, par l'acceptation d'une libéralité pour parvenir à la part héréditaire.

Se passe-t-il donc rien de semblable quand le par-

tage revêt la forme testamentaire? N'avons-nous pas établi précédemment qu'ici, à la différence de ce qui a lieu quand le partage est entre vifs, le caractère de la libéralité fait défaut? Si le rôle de l'auteur du partage se borne, dans ce cas, à un simple règlement, s'il ne dispose de rien, s'il se contente de déterminer des parts qui, sans cela, seraient arrivées à ses héritiers indivises et confuses, comment, et en vertu de quels principes, repousser pareil partage?

Cet enfant, tout flétri qu'il soit par une condamnation qui le rend inhabile *à recevoir* une donation ou *un legs*, il est apte à *recueillir sa part héréditaire.* Or, ce n'est pas un *legs* qui lui arrive, il ne *reçoit* aucune gratification du partage testamentaire de son ascendant: c'est *sa part de la succession de celui-ci qu'il recueille.* Une seule capacité est exigée de lui à ce moment du décès de son père; laquelle? celle de recueillir avec ses frères l'héritage paternel. La possède-t-il cette capacité? Oui. Est-ce autre chose que sa part de cet héritage qui vient à lui? Non. Une seule modification a été apportée à l'état dans lequel cet héritage se serait naturellement offert à lui: il se serait présenté indivis, et il est divisé. En quoi cela pourrait-il constituer un *legs*, la seule chose qu'à cette heure du décès de l'auteur commun il lui soit défendu de *recevoir*?

Concluons que, si des considérations de haute moralité plus encore que la raison juridique, exigent que le condamné à une peine perpétuelle soit inhabile à figurer au partage par acte entre vifs, à recueillir *par*

anticipation la succession paternelle, rien ne s'oppose à ce qu'il en soit autrement en ce qui touche le partage testamentaire de son ascendant.

192. — Une dernière considération vient à l'appui de notre solution ; nous l'empruntons au commentaire que nous a fourni le législateur lui-même de l'art. 3 de la loi du 31 mai 1854. Voici ce que disait M. Riché, rapporteur de la commission du Corps législatif : « Qu'on laisse le condamné apte à recevoir les successions que la loi lui défère, cela est raisonnable dans l'intérêt de ses enfants ; mais faut-il l'admettre à recueillir le fruit de *libéralités capricieuses et immorales*, *le prix d'un crime*, peut-être, ou *des dons qui viendraient protester contre l'arrêt de condamnation ?* »

Voici ce que la loi prohibe : des libéralités *capricieuses* ou *immorales*, qui seraient le *prix du crime* que la justice a puni ou une *impudente protestation contre sa décision !* En quoi la part attribuée par le partage de l'ascendant — ce partage eût-il même le caractère de la libéralité — pourrait-il ressembler aux donations ou aux legs dont l'acceptation a été interdite au condamné de l'art. 3 de la loi de 1854 ?

Nous avons donc peine à comprendre que M. Riché, dont nous rappelions tout à l'heure les paroles, ait pu dire, dans un autre passage de son rapport, que le condamné ne peut profiter d'aucuns dons ou *legs* qui pourraient lui échoir depuis l'incapacité encourue, *pas même en vertu d'un partage d'ascendant.* Le rapporteur confond manifestement ici, par une fausse entente de la vocation des descendants copartagés, la

part qui revient à ceux-ci du partage testamentaire avec les legs, qui en diffèrent entièrement.

La loi a craint, ainsi que le rappelle M. Bertauld, que nous avons ici pour adversaire, qu'une libéralité à l'adresse du condamné ne fût une protestation contre le châtiment social. Rien de pareil serait-il donc à redouter du partage d'ascendant? Aussi n'hésiterions-nous pas à reconnaître le condamné apte à prendre part au partage par acte entre vifs, non moins qu'au partage testamentaire, si nous n'étions retenu par des considérations d'un autre ordre.

Le savant professeur n'admet pas que le condamné à une peine perpétuelle puisse *recevoir* à titre de partage testamentaire, quand il lui est interdit de *disposer* par la même voie; que la capacité de recevoir par partage testamentaire puisse être mesurée sur celle de recevoir à titre successif, quand la capacité de transmission par ce moyen n'est pas mesurée sur celle de transmettre à titre successif. La raison de la différence est cependant tranchée. Nous l'avons précédemment indiquée, en nous appuyant également sur les paroles du rapporteur de la Commission du Corps législatif. Ce n'est pas à l'homme que la justice avait d'abord voué à l'échafaud, et aujourd'hui interné dans une île d'expiation perpétuelle, qu'il appartient de dicter la loi des successions, ou simplement de régler le sort des parts attribuées à chacun par la loi du sang. Pour le descendant — nous venons de le dire — ce n'est pas un *legs* qu'il reçoit, c'est tout simplement sa part héréditaire qu'il recueille.

193. — Il resterait peut-être à examiner ici ce qui arrivera dans le cas où l'un des enfants compris au partage viendra à décès sans postérité, après avoir été apportionné au partage de son ascendant. Mais cet examen trouvera plus naturellement sa place au titre consacré aux effets attachés au partage dont il est ici question, où seront également passées en revue les conséquences du cas où l'enfant prédécédé, renonçant ou indigne, a laissé des descendants après lui. (V. nos 520 *bis* et suiv.)

194. — Si la capacité légale, c'est-à-dire la jouissance des droits civils, suffit au descendant pour lui donner droit au partage de ses père et mère, l'exercice même de ces droits, ou la capacité de fait, lui est nécessaire pour la réalisation de son acquisition au moyen d'une acceptation, autrement cette acceptation ne pourrait procéder que d'un représentant légal.

Notons, pourtant, que l'observation n'a d'application qu'au partage entre vifs. Le partage testamentaire étant obligatoire et forcé pour les descendants, ceux-ci n'y ont qu'un rôle purement passif. Il importe peu conséquemment, qu'ils aient ou non la capacité de fait au moment où les effets s'en réalisent par le décès de son auteur.

Bien différent du fils gratifié par le testament ordinaire de son père, toujours libre de renoncer à son legs pour s'en tenir à sa réserve, l'enfant apportionné par le partage dont il est ici parlé ne saurait, malgré ses frères, manifester de préférence pour le lot qu'il aurait à attendre du partage *ab intestat*, en renonçant

à celui que lui a assigné ce partage. Ce partage fait la loi commune, et chaque héritier doit la subir tant que celui de qui elle procède ne s'est pas écarté des prescriptions de l'art. 1079 : « Ce dont il est apportionné est la succession *ab intestat* même, divisée par le meilleur des arbitres. » (Troplong, *l. c.*, n° 2302.)

195. — Il résulte de ce qui précède que les descendants majeurs et capables sont seuls habiles à accepter le partage entre vifs (488-933) ; que s'il se trouve parmi eux des incapables, l'acceptation ne pourra émaner, suivant les cas, que de ces descendants eux-mêmes, avec l'assistance qui leur serait nécessaire pour l'acceptation de la donation ordinaire, ou de leurs représentants légaux.

196. — Ainsi, la femme mariée ne pourra, sous quelque régime qu'elle soit placée relativement à ses biens, accepter le partage entre vifs sans l'autorisation de son mari, ou, à son refus, sans celle de la justice. La généralité des termes de l'art. 934 ne permet aucune distinction à cet égard. On objecterait vainement qu'en cette matière, où il ne s'agit pour la femme que de recueillir par anticipation la part qui lui devrait revenir un jour de la succession de l'ascendant donateur, les droits de la morale et de la dignité maritale sont désintéressés. Nous répondrions que, la supposât-on exempte de l'une de ces charges qui, le plus souvent, la grèvent, la donation en question n'en resterait pas moins soumise au principe général posé par les art. 217 et 934, fondé sur le respect dû à l'autorité maritale, interdisant d'une manière absolue à la

femme, *stante matrimonio*, toute acquisition quelconque sans l'agrément de son mari.

197. — Ainsi encore du mineur *émancipé*. Il ne pourra accepter le partage en question qu'avec l'assistance de son curateur (935, § 2), sans qu'il soit besoin, dans les cas ordinaires tout au moins, de joindre à cette assistance l'autorisation du conseil de famille. Nous admettrions volontiers une exception à cette proposition, si le partage avait lieu avec charge emportant pour le mineur l'une de ces obligations que le tuteur du mineur émancipé ne pourrait contracter qu'avec cette autorisation. (Art. 463, 484, 935, 1076 combinés.)

198. — En parlant du mineur *émancipé*, nous avons nécessairement supposé le cas de dissolution du mariage par le décès des père et mère ou de l'un deux. Dans cette hypothèse, le partage ne saurait évidemment avoir pour auteur que le survivant des père et mère, ou un ascendant d'un degré supérieur de la ligne du prédécédé, ou de l'une ou de l'autre ligne indifféremment, si le père et la mère sont morts.

Dans le premier cas, celui où le partage émane du survivant des père et mère, si, suivant ce qui a lieu le plus habituellement, la curatelle est aux mains de celui-ci, la contrariété des rôles entre celui qui donne et celui qui reçoit obligera forcément à recourir au ministère d'un curateur *ad hoc* pour l'acceptation du partage, s'il ne se rencontre chez les ascendants un parent disposé à y suppléer dans les termes de l'art. 935, § 3. Dans le second cas, celui où le par-

tage procède d'un ascendant, celui des père et mère qui survit pourra, soit en sa qualité de curateur, s'il en est pourvu, soit en celle de père ou de mère, assister le mineur émancipé. En l'absence des père et mère, l'assistance ne pourra également émaner que d'un curateur *ad hoc,* si la curatelle appartient à l'ascendant donateur, et si aucun autre ne s'offre pour le suppléer.

199. — Dans les hypothèses qui viennent d'être mentionnées, où la capacité du descendant donataire ne fait pas entièrement défaut, où cette capacité n'a besoin que du complément qui lui manque, c'est de ce descendant lui-même, et non pas du mari ou du curateur, se bornant à une simple assistance, que procède l'acceptation. Il en est autrement quand le descendant est tout à fait incapable. C'est de son représentant naturel ou légal qu'en ce cas émanera cette acceptation : tel est le cas du *mineur* en tutelle et de l'*interdit*. Ceux-ci ne pouvant accepter par eux-mêmes, c'est à leurs tuteurs, sauf le cas d'exception prévu par l'art. 935 dernier alinéa, qu'il appartient de le faire en leur nom, après s'y être fait autoriser par le conseil de famille (463, 509, 935, 1076).

200. — Pour l'interdit, l'état de tutelle est forcé, et toujours l'intervention du tuteur sera nécessaire, sans qu'elle puisse, comme pour le mineur, être suppléée par les père ou mère ou autres ascendants. Il est à remarquer, en effet, qu'à la différence de l'ordonnance de 1731 (art. 7), qui établissait pour l'interdit, aussi bien que pour le mineur, le concours entre le

tuteur et les ascendants, l'art. 935 § 3 borne cette faveur au mineur seul, sans distinction de celui qui est émancipé de celui qui ne l'est pas. Serait-ce pure omission de la part des rédacteurs de nos Codes ? Nous ne le saurions croire.

Cette omission se comprendrait difficilement de leur part en présence du texte de l'ordonnance qu'ils avaient sous les yeux, et du premier paragraphe de l'article en question parlant nommément de l'interdit, qu'il met sur le même plan que le mineur. L'art. 509 ne saurait suppléer ici au silence de l'art. 935. L'assimilation qu'il fait de l'interdit au mineur, en ce qui touche les personnes et les biens, n'a rien d'absolu : elle ne tend manifestement, en effet, ainsi que d'ailleurs s'en explique l'article même, qu'à faire appliquer au premier les lois sur la tutelle du second. Or, rien ici qui ait trait à la tutelle. Si favorable qu'elle soit, la facilité organisée par l'art. 935, en dehors du droit commun, dans une matière de droit strict, doit donc être restreinte aux seuls cas qu'elle mentionne textuellement.

La tutelle de l'interdit se trouve-t-elle placée en d'autres mains que celles de l'ascendant donateur, en celles de son conjoint ou de l'un de ses enfants, par exemple, la règle posée par le premier paragraphe de l'art. 935 sera d'une application toute naturelle ; l'acceptation sera donnée par le tuteur. Dans l'hypothèse contraire, force sera de recourir au subrogé tuteur.

201. — Quant au *mineur*, deux hypothèses sont à prévoir : ou bien il est en tutelle, ce qui suppose qu'il a

perdu ses père et mère, ou l'un d'eux tout au moins; ou bien il est tout simplement sous puissance de parents chargés de l'administration légale de sa personne et de ses biens.

Dans le premier cas, si, contrairement à l'hypothèse la plus fréquente, la tutelle est aux mains d'un autre que l'ascendant donateur — lequel ne saurait être que le père ou la mère qui survit, ou un ascendant d'un degré supérieur de la ligne du père ou de la mère décédé — la donation-partage sera tout naturellement acceptée par le tuteur autorisé du conseil de famille, avec la concurrence de tous autres ascendants s'il s'en trouve. La tutelle réside-t-elle, au contraire, aux mains de l'ascendant qui fait le partage; comme celui-ci ne saurait, à raison de la contrariété des intérêts, accepter la donation au nom du mineur, ni en sa qualité de tuteur, ni en celle d'ascendant, il y aurait nécessité de recourir au subrogé tuteur autorisé du conseil de famille, avec la concurrence toujours des autres ascendants, dans les termes de l'article 935 § 3, par exception aux règles générales de la tutelle. Le donateur ne peut, dit Furgole sous l'article 7 de l'ordonnance de 1731, soutenir la qualité de donateur et celle de donataire, entre lesquelles il doit y avoir une différence spécifique. (V. aussi Ricard, Ire part., nos 859 et suiv.; Rouen, 27 fév. 1852; Dall., LIII, II, 26.)

Vraie en matière de donation ordinaire, cette solution le sera bien plus encore en matière de partage d'ascendant si, comme nous le soutiendrons dans la

suite (nos 291 et suiv.), l'acceptation de ce partage emporte renonciation au droit d'en demander la nullité pour composition vicieuse des lots, puisque l'acceptation émanée de l'ascendant contiendrait renonciation, au nom du copartagé mineur, à attaquer le partage annulable à raison d'un vice à lui imputable.

Il n'y a point à argumenter contre cette solution d'un arrêt de la Cour de Nîmes du 10 avril 1847 (Dall., XLVIII, II, 102), qui a jugé que l'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire *au père tuteur pour accepter*, *au nom de ses mineurs*, *le partage anticipé de* SES PROPRES BIENS *par acte entre vifs*. Il résulte bien virtuellement de cette décision que le père peut simultanément faire le partage de ses biens et *y donner son acceptation* en sa qualité de tuteur et de père ; mais il est à remarquer que là n'était pas précisément la question posée à la Cour. Celle-ci n'était interrogée que sur celle de savoir si le *tuteur* qui réunit à cette qualité celle d'ascendant est encore obligé de recourir à l'autorisation de la famille exigée du tuteur ordinaire.

202. — Cette acceptation exceptionnelle pourra être faite indifféremment par celui des père et mère étranger au partage, fût-il privé de la tutelle, et, à son défaut ou à son refus, par tous autres ascendants, sans distinction de sexe ni de degré, et sans que la mère ou l'aïeule ait besoin, en pareil cas, de l'autorisation de son mari. Il ne s'agit ici pour elle, en effet, que de l'exercice d'un mandat qu'elle tient de la loi : elle n'agit pas en son propre et privé nom. Le pouvoir dont il est ici parlé

est accordé à chaque ascendant concurremment et individuellement, et dégagé de toute gradation hiérarchique et de toute subordination d'un sexe à l'autre.

On ne saurait argumenter en faveur de l'opinion contraire, et pour exiger l'action commune du père *et* de la mère, de l'aïeul et de l'aïeule, des expressions *père* ET *mère* substituées à celles de *père* OU *mère*, qui se lisaient dans l'art. 7 de l'ordonnance de 1731. L'argument prouverait trop, fait fort justement observer M. Demante (IV, n° 74 *bis*, 5), car il ne placerait pas seulement l'action de la femme sous la dépendance du mari : il mettrait du même coup celle du père ou de l'aïeul sous la dépendance de la mère ou de l'aïeule, ce qui ne saurait être admis.

Serions-nous moins fondés à dire que le droit conféré à tout ascendant d'accepter, même du vivant des père et mère, emporte celui d'agir non-seulement à l'insu de ces derniers, mais encore en dépit d'une opposition de leur part? Non. Il résulte fort clairement, en effet, de la discussion au conseil d'État que telle a été la volonté des auteurs de l'art. 935 ; qu'on a voulu que la donation refusée par les parents du premier degré pût être acceptée par ceux du second. (Fenet, XII, p. 356-358; Locré, XI, p. 206 à 208.)

Cette doctrine serait en opposition manifeste avec la théorie légale sur la puissance paternelle, aux yeux de ceux qui ne trouveraient pas de base au pouvoir dont il est ici parlé en dehors de cette puissance même. Mais il en est autrement. Elle n'a pour fondement que la confiance qu'inspire la qualité d'ascendant, et la né-

cessité de ne pas laisser déchoir, au détriment de la minorité, un avantage que celui par qui il est offert reste maître de rétracter tant qu'il n'a pas été accepté.

203. — Il n'y aurait pas moins, dans l'exercice du pouvoir exceptionnel dont il est ici question, de cette espèce de mandat légal que Furgole justifiait par le *lien du sang et de l'affection*, ce que Ricard appelait un *passe-droit* (*Donat.,* Ire part., nos 852, 854), un véritable échec à la puissance paternelle, si le père pouvait rester absolument désarmé en présence de l'acceptation fournie par un ascendant de la ligne maternelle, à la donation-partage faite par la mère à ses enfants mineurs, sous la simple autorisation de justice, en dépit du refus formel du mari d'y souscrire, à raison de charges qu'il aurait jugées ruineuses. Aussi tombe-t-on généralement d'accord que le père conserve, dans ce cas, la faculté de poursuivre devant les tribunaux l'annulation d'une acceptation qu'il n'aura pas été en son pouvoir d'empêcher. De cette manière, le mineur aura profité des diligences de l'ascendant, peut-être trop empressé, qui auront eu pour résultat de lier le donateur, sauf à bénéficier encore du résultat des poursuites du père, si la justice vient à les reconnaître fondées.

204. — Ce tempérament, qui concilie les droits de la puissance paternelle avec la faculté ici reconnue aux ascendants de tous les degrés, nous semble, d'ailleurs, commandé par cette autre considération, qu'à la différence de l'acceptation donnée par le tuteur,

celle fournie par les ascendants est dispensée de toute autorisation du conseil de famille.

Cette dernière résolution, qui s'appuie sur de graves autorités (Merl., *Rép.*, v° *Mineur*, § 7, n° 3; Toul., III, n° 197; Grenier; Dur., VIII, n° 441; Coin-Delisle sur l'art. 935, n° 16; Demolombe, XX, n° 182), ne s'induit pas seulement de la généralité des termes du dernier alinéa de l'art. 935 sans renvoi, comme pour le premier, à l'art. 463; elle découle plus particulièrement encore du caractère même du pouvoir ici conféré aux ascendants, en dehors du fonctionnement ordinaire de la tutelle. Elle s'applique sans aucun doute à l'ascendant qui, à cette première qualité, réunit celle de tuteur. Le dernier de ces titres ne saurait, en effet, lui enlever le droit qu'il tient du premier. (Nîmes 10 avr. 1847, précédemment cité; V. aussi un autre arrêt de la même Cour du 22 mars 1839; Dall., XXXIX, II, 157.)

205. — Si peu contestable qu'elle soit, l'application à notre matière de la distinction entre les pouvoirs de l'ascendant et ceux du tuteur n'est pas facile à justifier.

Nous comprendrions, à toute rigueur, qu'en donation ordinaire, où l'intérêt des convenances et des mœurs du mineur passe avant ses intérêts pécuniaires, le législateur ait pu être touché par la considération qu'il y avait plus de garanties à attendre de la sollicitude des ascendants qu'il ne serait permis d'en espérer d'un tuteur autorisé du conseil de famille. Mais ici que le premier et le plus sacré de ces intérêts trouve une

sauvegarde suffisante dans le caractère même du disposant; que l'intérêt pécuniaire reste seul en jeu, qui pourrait soutenir que l'intervention d'un ascendant appartenant à la même ligne que cette mère que, tout à l'heure, nous avons vue, par hypothèse, en lutte avec le père, offrira plus de sécurité au mineur que ne lui en présente celle d'un tuteur? Pour qui a la connaissance du cœur humain, et tient compte de ces dissentiments qui ne se voient que trop souvent dans les familles, c'est bien plutôt dans l'assertion contraire que réside la vérité.

C'est donc plus particulièrement dans la matière qui fait l'objet spécial de cette étude que nous apparaît dans tout son jour, et avec ses principaux inconvénients, le défaut d'harmonie fort judicieusement signalé par M. Demolombe entre le premier et le troisième alinéa de notre art. 935 (XX, nº 183).

206. — C'en serait assez pour nous disposer à ne pas attacher à l'acceptation faite par l'ascendant seul *toutes* les conséquences indiquées par le dernier alinéa de l'art 463. D'abord quelles sont ces conséquences, et où sont leurs limites?

L'acceptation faite par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille lie le mineur comme s'il l'avait souscrite en majorité. C'est ce qui, pour nous, résulte fort clairement de ces expressions de l'art. 463: « Elle (la donation) aura, *à l'égard du mineur*, le même effet qu'à l'égard du majeur. » On soutient vainement (Grenier, I, 83) que cela signifie seulement que l'acceptation régulièrement faite au

nom du mineur a pour effet de lier irrévocablement le donateur. Le texte proteste ouvertement : il ne dit pas que la donation aura, *à l'égard du donateur*, encore moins qu'elle aura, *en faveur du mineur*, le même effet que si elle était acceptée par un majeur; il dit que c'est *à l'égard du mineur*, c'est-à-dire *vis-à-vis* du mineur, comme le portait l'article 79 du projet Jacqueminot, que l'effet se produit. Restât-il l'ombre d'un doute à cet égard, il s'évanouirait devant le rapprochement de l'art. 463 des art. 840 et 1314 du Code civil. L'acceptation faite par le tuteur autorisé aura donc bien incontestablement pour effet de lier le descendant mineur de la même façon que s'il avait accepté personnellement en majorité. Donc, si la donation portant partage a été faite avec charges personnelles, le descendant mineur n'aura pas plus le moyen de s'y soustraire que ne l'aurait un majeur. (Grenoble, 11 janv. 1864 ; Dall., LXV, II, 57.)

Mais là s'arrêtent les effets des art. 463, 935. L'objet de ces dispositions législatives se bornant à la seule acceptation des donations, cette acceptation ne saurait être une occasion pour le tuteur d'enfreindre les lois générales de la tutelle, d'autoriser le tuteur à souscrire au nom du mineur, à l'occasion de cette acceptation, des sacrifices qu'il ne pourrait lui imposer, le supposât-on muni de l'autorisation du conseil de famille, qu'avec le secours de l'homologation du tribunal : telle, par exemple, l'aliénation au profit de l'ascendant, comme condition du partage, de la propriété ou, plus simplement encore, de l'usufruit d'un im-

meuble propre à ce descendant. La loi n'aurait pu permettre au tuteur — fût-il autorisé de la famille — de faire par voie indirecte ce qu'elle lui défend de faire directement, sans retirer au mineur la protection dont elle a voulu le couvrir dans l'exercice des actes les plus importants de la vie civile.

207. — Nul doute qu'il n'en soit, dans les cas ordinaires, de l'acceptation faite au nom du descendant par son père, sa mère ou l'un de ses ascendants comme de celle faite par le tuteur avec l'autorisation de la famille. Les ascendants se trouvent, sous ce rapport, investis d'un mandat légal (935), et l'exercice de pareil mandat ayant pour effet ordinaire de lier, dans la limite des pouvoirs qu'il confère, la personne représentée, indépendamment de la capacité de celle-ci, toute action en restitution pour cause de lésion devra être refusée au mineur.

Il suit de cette première assimilation, que l'ascendant ne pourra pas plus engager le mineur donataire *sur ses biens personnels*, que ne le pourrait le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille.

On peut se demander si là se borne la prohibition pour l'ascendant; si son assimilation avec le tuteur autorisé du conseil de famille est bien complète; s'il n'y a pas lieu, au contraire, de limiter l'application du pouvoir d'acceptation conféré par le troisième alinéa de l'art. 935 aux seules donations exemptes de tous engagements *quelconques* pour le mineur.

Sans grande importance pour ceux qui enseignent que les charges imposées au donataire n'ont pour lui

rien d'obligatoire, en ce sens qu'il est toujours libre de s'en exonérer par l'abandon des biens donnés (Demante, *l. c.*, IV, nº 96 *bis*, 1), la distinction est pleine d'intérêt pour ceux — nous sommes de ce nombre — qui ne trouvent qu'en elle le moyen de secourir le mineur.

Nous avions d'abord incliné vers cette distinction. Nous la fondions sur cette première considération qu'aucune loi ne donne aux ascendants pouvoir de contracter pour le mineur à titre onéreux; nous en trouvions la confirmation dans les paroles qu'avait fait entendre Tronchet dans la séance du 12 ventôse au conseil d'État, répondant aux adversaires du pouvoir d'acceptation conféré par l'art. 935 aux ascendants, qu'il n'y avait pas de raison de « priver le mineur de l'appui de son aïeul, lorsqu'il s'agit pour lui *d'un acte qui ne peut être qu'avantageux.* » (V. Fenet et Locré, *l. c.*) Nous avions été conduit à conclure de là que l'ascendant n'aurait pu valablement accepter pour le mineur une donation-partage avec charge de soulte. Mais de nouvelles et plus mûres réflexions nous ont ramené au sentiment contraire. Envisagée de son point de vue pratique et juridique tout à la fois, la question ne nous paraît pas comporter cette distinction, le paiement d'une soulte ne pouvant jamais revêtir le caractère d'aliénation, et constituant bien plutôt une acquisition d'immeuble.

208. — Dans l'hypothèse où le mariage subsiste encore, il ne peut plus être question de tutelle, et le partage auquel pourraient être appelés les enfants

mineurs sous puissance de père et mère ne pourrait émaner que de ces derniers. En ce cas, en effet, il manquerait à ces enfants, pour figurer à celui qui procéderait d'ascendants d'un degré supérieur, la première de toutes les conditions, la qualité d'héritier du disposant, cette qualité ne pouvant appartenir qu'à leurs père et mère encore vivants.

C'est à celui des conjoints demeuré étranger au partage qu'il appartiendra, en cas particulier, d'en faire l'acceptation, et cela, bien entendu, sans qu'il soit besoin de l'autorisation du conseil de famille, sans préjudice, toutefois, de la faculté réservée à tous ascendants d'un degré supérieur de suppléer ce conjoint en cas de refus ou de simple négligence de sa part.

209. — Si tous se refusaient indistinctement à accepter, il ne resterait plus pour dernière ressource qu'à provoquer, de la part du disposant, la nomination d'un curateur ou tuteur *ad hoc* pour fournir l'acceptation.

210. — Inutile de répéter que l'acceptation ne saurait être donnée par l'auteur même du partage : *nemo in negotio suo auctor esse potest;* mais rien ne s'opposerait à ce que la donation-partage faite conjointement par le père et la mère à leurs enfants et descendants fût acceptée pour les descendants mineurs par chacun des ascendants donateurs, quant à la portion donnée par son conjoint (Paris, 23 juin 1849; Poitiers, 20 fév. 1861; Dall. L, II, 10; LXI, II, 94); au moins faut-il que cette portion soit, dans l'acte de partage, demeurée distincte de la sienne. Si les biens avaient été confondus

cette acceptation ne serait pas possible, les père et mère ne formant plus qu'une seule partie au regard de leurs descendants, de même qu'il n'y a qu'une masse unique soumise au partage.

L'autorisation donnée par le mari à sa femme à l'effet de partager ses biens entre leurs enfants ne saurait non plus nuire au droit qu'il tient de l'art. 935, d'accepter pour ceux de ces enfants qui sont en minorité, s'il est sans intérêt personnel dans ce partage (Caen, 3 mars 1855; Dall., LVI, II, 91).

211. — Ici revient la question si souvent agitée en donations ordinaires, de savoir quel sera le sort de la donation-partage acceptée soit par la femme mariée sans l'autorisation maritale ou de justice, soit par le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, soit par le mineur non émancipé ou en puissance de parents, en l'absence de son tuteur ou de ses père et mère ou autres ascendants, soit enfin par un tuteur ou, le cas échéant, par un subrogé tuteur sans autorisation du conseil de famille.

La difficulté n'est pas de savoir si cette acceptation sera nulle. Aucun doute n'est possible à cet égard: elle sera nulle au regard des descendants donataires (217, 219, 225, 1125). Mais les effets de la nullité se borneront-ils à ceux-ci? ne s'étendront-ils pas également à l'auteur du partage? la nullité ne sera-t-elle que relative? ne sera-t-elle pas absolue au contraire, et l'ascendant, ses héritiers ou ayant-cause ne pourront-ils pas se prévaloir de cette nullité aussi bien que le pourraient les descendants eux-mêmes?

Nous n'hésitons pas à nous ranger à ce dernier sentiment. C'est en ce sens que notre ancien droit résolvait la question en ce qui regardait la femme mariée, et les autorités les plus considérables appliquaient la même solution aux autres personnes frappées d'incapacité. La difficulté naît aujourd'hui de ce que, pour les femmes aussi bien que pour les mineurs et les interdits, la nullité relative est de droit commun. La question revient donc à savoir si, en matière de donation, il est fait exception à la règle générale; si, en ce qui regarde la femme mariée en particulier, par son renvoi aux art. 217 et 219, l'art. 934 a entendu nous renvoyer du même coup à l'art. 225; si, pour parler d'une manière plus générale, cet article et le suivant n'ont entendu attacher à l'infraction aux formalités qu'ils prescrivent d'autres conséquences que celles résultant, pour les contrats ordinaires, de la combinaison des art. 217, 219, 225, 1124 et 1125. C'est ce que nous ne saurions admettre.

Si l'art. 934 est conforme au principe posé par les art. 217 et 219, il n'en saurait être considéré pour cela comme l'application *pure et simple*, « pas plus que la règle qui prescrit une acceptation en termes exprès n'est l'application *pure et simple* du principe qui exige le consentement pour former le contrat. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, nous dit M. Demante (*l. c.*, IV, nº 73 *bis*), au sujet des donations ordinaires, que *l'acceptation est un acte solennel*, et que, dans un acte de ce genre, toute contravention à la loi fait défaillir la solennité, et ne peut dès lors laisser à l'acte aucune valeur. »

Dans cette opinion, le renvoi aux art. 217 et 219 se borne à soumettre l'intervention de l'autorisation maritale ou de justice dans l'acte d'acceptation dont il est ici parlé, au mode ordinaire, c'est-à-dire qu'ainsi que s'en contentent ces articles de loi, il suffira du concours du mari dans l'acte ou de son consentement par écrit (217), et que s'il y a lieu de suppléer à cette autorisation par celle des tribunaux, on devra se conformer aux prescriptions de l'art. 219. Mais tout cela, nous dit encore M. Demante, « étant prescrit pour la validité de l'acte *solennel* d'acceptation, la conséquence de l'omission de ces *formes* sera celle qui est exprimée dans l'art. 932. » Donc le donateur ne sera pas plus engagé que les donataires, « parce que, dans le système tout exceptionnel admis en cette matière par le législateur, l'engagement du disposant reste subordonné à une acceptation en bonne forme, » laquelle n'existera qu'autant que les descendants donataires auront exprimé leur volonté dans la seule forme tolérée par les textes.

Ils n'y a vraiment pas de raison de refuser l'application de cette théorie à l'acceptation qui aurait été faite par un mineur, par un interdit, ou en leur nom hors des termes de l'art. 935. Elle trouve ses points d'appui non-seulement dans les précédents législatifs, ainsi qu'il se verra bientôt, mais encore dans les travaux préparatoires de la loi nouvelle et dans l'un de ses textes.

212. — Elle n'en reste pas moins sujette à critique en droit pur et abstrait. Nous ne croyons pas, en effet,

qu'en pure théorie il soit possible de considérer autrement que comme question de *capacité* tout ce qui touche aux exigences de la loi relativement à l'acceptation de la donation faite au mineur, à l'interdit ou à la femme mariée. Nous estimons, avec MM. Aubry et Rau (t. V, p. 459), qu'il faut « distinguer l'acceptation elle-même, c'est-à-dire la déclaration du donataire de vouloir profiter de la libéralité, d'avec les solennités extrinsèques requises pour la validité de cette déclaration; que la question de savoir quelles personnes peuvent valablement faire une pareille déclaration est évidemment une question de capacité et non de *forme;* qu'on pourrait tout au plus prétendre que la disposition du premier alinéa de l'art. 935, relative aux donations faites à un mineur non émancipé et à un interdit, tient à la forme de l'acceptation en tant qu'elle indique la personne par laquelle l'acceptation doit être faite; mais on sent que cette proposition, fort contestable d'ailleurs, laisserait indécise la question en ce qui touche l'acceptation faite soit par le mineur émancipé sans assistance, soit par la femme sans autorisation, soit enfin par le tuteur du mineur ou de l'interdit sans autorisation du conseil de famille. »

Sans nous attacher davantage aux principes généraux du droit, desquels il nous serait difficile de tirer autre chose qu'une nullité purement relative, nous placerons plus particulièrement la justification de notre solution dans les antécédents, dans les travaux préparatoires du Code et dans ses textes.

L'illustre rédacteur de l'ordonnance de 1731, dont

l'art. 7 a servi de type à ceux dont nous cherchons en ce moment à préciser la signification, était fort explicite au sujet de la question. Il énonce textuellement dans ses lettres des 25 et 30 juin 1731, en réponse aux remontrances des Parlements de Bordeaux et de Toulouse, que « l'autorité du tuteur et curateur est exigée *pour la validité* de l'acceptation » (d'Aguesseau, t. IX, p. 363 et 375). « L'acceptation qui ne lierait pas le donataire ne saurait engager le donateur, disait à son tour le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat : ainsi, il est naturel que la femme mariée ne puisse accepter sans le consentement de son mari ou l'autorisation de justice ; que la donation faite à un mineur ne soit acceptée que par son tuteur ou par un de ses ascendants » (Locré, XI, p. 206 et 207, n° 17, p. 456 et 457). La donation *dûment acceptée*, proclame en dernier lieu l'art. 938 du Code civil, est parfaite par le consentement des parties. Or, il ne saurait y avoir de donation *dûment acceptée*, aux termes de cette disposition législative, que celle pour l'acceptation de laquelle on s'est conformé à chacune des prescriptions des art. 934 et suivants. (Comp. Ricard, Ire part., n° 845; Coin-Delisle, art. 935, n° 20; Merl., *Rép.*, v° *Donation*, sect. IV, n° 4, et v° *Mineur*, § 7, nos 1 et 2; Gren., n° 61 ; Caen, 8 mai 1854; Cass., 14 juil. 1856; Aix, 19 nov. 1857; Devil., LIV, II, 625 ; LVI, I, 641 ; LVII, II, 437.)

213. — Nous avons precédemment reconnu la nécessité, pour les ascendants, d'appeler leurs enfants naturels au partage de leurs biens. Devrons-nous faire à ces enfants l'application de l'art. 935, troi-

sième alinéa? Nous n'en faisons aucun doute. Les interprètes de l'ancienne jurisprudence appliquaient aux père et mère des *bâtards* l'art. 7 de l'ordonnance. Comment en pourrait-il être autrement de l'art. 935, qui n'en est que la reproduction, quand, d'ailleurs, ses auteurs ont donné aux droits résultant de la parenté naturelle plus d'extension que ne lui en reconnaissait notre ancien droit?

214. — Cette première résolution en amène une autre : il serait difficile, en effet, en présence de l'article 759, de ne pas comprendre également sous le nom d'*ascendants* de l'art. 935 les père et mère naturels du père ou de la mère *légitime* du mineur. Il en serait autrement des parents des père et mère naturels (756).

215. — Le sourd-muet qui sait écrire ne saurait être mis au rang des incapables. La loi nous dit, en le supposant d'ailleurs majeur et maître de ses droits, qu'il pourra accepter lui-même ou par un fondé de pouvoir. Elle ajoute aussitôt que s'il est privé de l'usage de l'écriture, l'acceptation devra être faite en son nom par un curateur nommé à cet effet, suivant les règles établies au titre *De la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*.

Ce curateur *ad hoc* sera donc nommé dans la même forme que le curateur à l'émancipation (480), mais ses fonctions différeront de celles de ce dernier sous un double rapport : elles se borneront à l'acte qui aura motivé sa nomination, tandis que celles du curateur à l'émancipation ne devront finir qu'avec la minorité.

Elles consisteront à suppléer le sourd-muet, à accepter à son lieu et place, à faire tous les actes qui complètent cette acceptation, c'est-à-dire la notification et la transcription s'il y a lieu, quand celles du curateur du mineur émancipé se bornent à une simple assistance.

215 *bis*. — Nous avons déjà laissé pressentir notre opinion au sujet d'une question qui pourrait trouver ici sa place, celle de savoir quel serait le sort de l'acceptation donnée par le sourd-muet illettré, mais en position de manifester sa volonté d'une manière certaine au moyen de ce merveilleux langage des signes, si perfectionné de nos jours (155). Nous estimons, contrairement au sentiment de MM. Aubry et Rau (V. p. 462, note 12), que c'est intentionnellement que l'art. 936 a borné à celui qui sait écrire la faculté, pour le sourd-muet, d'accepter la donation. Nous n'y voyons qu'une conséquence naturelle, presque forcée, du principe qui exige une acceptation en termes *exprès*. Le sourd-muet devra donc formuler *la déclaration* de son acceptation par écrit. Il ne suffirait pas qu'il sût signer.

216. — Rien, dans les art. 493 et 519, qui s'oppose à ce que le descendant pourvu d'un conseil judiciaire puisse accepter seul la donation-partage. Il n'en serait autrement qu'autant qu'il en devrait résulter pour lui l'une de ces charges exigeant l'assistance de son conseil, aux termes de ces mêmes articles de loi.

C'est aussi le sentiment de M. Genty, ne voyant rien dans la loi qui autorise à ranger l'acceptation d'une donation parmi les actes pour lesquels cette assistance

est prescrite (V. p. 123). On pourrait s'étonner, dès lors, d'entendre le savant auteur se demander, quelques lignes plus bas, à quel procédé d'acceptation il faudra recourir si, le descendant ayant pour conseil judiciaire l'ascendant auteur du partage, celui-ci se trouve *empêché*, à raison de la contrariété des rôles, *d'accepter* ce partage *pour le prodigue ou le faible d'esprit*, et décider qu'au cas particulier, il y aura nécessité de recourir à un curateur *ad hoc.* La contradiction disparaît si l'on borne l'application de ce que dit en dernier lieu l'auteur, à l'hypothèse où le partage serait fait avec charges.

217. — Nous estimons avec M. Genty (123) que l'administrateur provisoire pourra également accepter le partage d'ascendant au nom du descendant placé dans un établissement d'aliénés. L'art. 36 de la loi du 30 juin 1838, qui n'exige la commission d'un notaire pour représenter les personnes dans cette position dans les inventaires, comptes, partages et liquidations qu'à défaut d'administrateur provisoire, nous paraît justifier cette solution.

218. — Si l'administrateur provisoire n'était autre que l'ascendant qui fait le partage, il y aurait nécessité de recourir pour l'acceptation à un curateur *ad hoc.*

219. — L'analogie va nous fournir une solution identique en ce qui concerne le présumé absent que l'ascendant aurait cru devoir apportionner dans le partage de ses biens. S'il s'agissait de représenter celui-ci dans des inventaires, comptes, *partages* et

liquidations dans lesquels il serait intéressé, il faudrait, comme dans l'hypothèse de l'art. 36 de la loi du 30 juin 1838, faire commettre un notaire à cet effet, (art. 113, C. civil). Mais comme il ne s'agit de rien de semblable, et, qu'ainsi qu'il se verra bientôt (n° 352), les règles des partages ordinaires sont ici sans application, nous n'hésitons pas à penser qu'on devra se contenter, pour l'acceptation du partage dont il est ici parlé, d'un mandataire *ad hoc* nommé à la diligence de l'ascendant intéressé à l'acceptation, sans laquelle son pacte de famille demeurerait sans effet.

Rien sans doute ne l'obligeait, à raison de l'incertitude de son existence, à comprendre l'absent dans sa disposition; mais rien ne s'opposait non plus à ce qu'une part fût assignée à celui-ci. Il est même à remarquer que son intérêt est d'en agir ainsi, certain qu'il est qu'en le faisant il assure l'avenir et la validité de son opération, tandis qu'en s'abstenant il s'expose à voir son œuvre renversée par le retour de l'absent ou par la preuve de l'existence de celui-ci.

S'il y a absence déclarée, les envoyés en possession ou le conjoint administrateur légal auront seuls qualité pour représenter l'absent et pour accepter en son nom le partage d'ascendant.

220. — Une observation générale reste à faire au sujet de l'acceptation de notre donation-partage:

En nous disant, d'une part, que l'acceptation de cette donation doit être fournie en termes exprès (932-1076), de l'autre que les vices de forme de pareille disposition ne sauraient être réparés par aucun acte

de confirmation (1076-1339), le Code nous avertit suffisamment : 1° que cette acceptation ne peut être donnée par les descendants donataires majeurs et maîtres de leurs droits que personnellement, ou en leur nom par un fondé de pouvoir ; qu'en cela, conséquemment, ils ne sauraient être suppléés, en cas de mort sans acceptation, par leurs héritiers (Furgole, quest. 7, n° 1 ; Tropl., *Donat.*, n° 1100 ; Zachariæ, V, p. 463 ; Demol., XX, 154 ; req., 16 nov. 1836 ; Sir., XXXVI, I, 900), de leur vivant par leurs créanciers, ceux-ci allégassent-ils que le refus d'acceptation de leur débiteur a eu lieu en fraude de leurs droits (1166-1167) ; 2° qu'il n'y a aucun compte à tenir de l'acceptation de tiers déclarant se porter forts pour les descendants donataires.

221. — Le Code exige, en ce qui touche le pouvoir d'acceptation, au sort duquel est attaché celui de cette acceptation même, avec laquelle il se confond pour ainsi dire, qu'il soit, à peine de nullité, reçu dans la même forme qu'elle, c'est-à-dire par acte authentique et en présence du notaire second ou des témoins (article 933 deuxième alinéa, et loi du 21 juin 1854). C'est une première innovation à l'art. 5 de l'ordonnance, n'assujettissant la validité de la procuration à aucune forme particulière. C'en est une autre, non moins importante et non moins rationnelle, que l'exigence de la spécialité du mandat à l'effet d'accepter, sinon telle donation en particulier, au moins les donations en général. Dans ce régime où tout est de rigueur, où serait la preuve irréfragable que le descendant a bien

entendu donner son acceptation au partage, sans l'authenticité de l'acte constatant que l'acceptation faite en son nom émane de lui, et s'il suffisait au mandataire d'un pouvoir général à l'effet de gérer les affaires des descendants ?

Nous allons plus loin : il ne suffirait pas, suivant nous, pour la régularité de l'acceptation du partage d'ascendant, d'un pouvoir général à l'effet *d'accepter les donations*, l'acceptation d'un partage ayant, fait justement observer M. Lyon-Caen, des conséquences plus graves que celles d'une donation, puisqu'elle prive les copartagés du droit de demander la réduction, quand leur réserve est entamée par suite des inégalités du partage.

La procuration devra être annexée, soit en expédition soit en brevet, à la minute de l'acte de la donation-partage ou à celle de l'acceptation, si l'acceptation a eu lieu par acte séparé (933). L'inobservation de cette dernière formalité entraînerait, aussi bien que l'irrégularité de la procuration elle-même, la nullité de l'acceptation.

Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire d'insister pour justifier ce qui vient d'être dit au sujet de l'annexe du mandat en brevet. La loi, il est vrai, parle *d'expédition*, ce qui supposerait une procuration passée en minute. Mais ne serait-ce point tirer de cette expression des conséquences trop rigoureuses que d'en induire pareille nécessité ? Il serait vraiment impossible d'assigner ici une raison plausible à une dérogation à la règle générale contenue dans l'art. 21 de la loi organique du notariat du 25 ventôse de l'an XI.

222. — Écrite pour les contrats ordinaires, la maxime *ratihabitio mandato æquiparatur* est sans application à la donation-partage, comme à toutes donations quelconques. Dans ces contrats, en effet, l'absence de pouvoir du *porte-fort* se couvre par la ratification, dont les effets, remontant au jour même où l'engagement a été souscrit, effacent, dans le passé comme dans l'avenir, les vices de l'obligation. En donation, rien de semblable ! l'acceptation du *porte-fort* n'a pas la vertu de lier le donateur, même conditionnellement. La ratification qu'y pourrait donner plus tard le donataire pourrait bien, si l'on y rencontrait tous les éléments constitutifs d'une acceptation en forme, en produire les effets, mais ce serait comme acte nouveau, et seulement à partir du jour où elle serait intervenue sans aucune relation avec le passé.

L'ordonnance semblait admettre une théorie différente, mais la différence n'était qu'apparente; elle n'existait, à vrai dire, que dans les mots. « En cas que la donation eût été acceptée par une personne qui aurait déclaré se porter fort pour donataire absent, portait l'art. 5 de ce monument législatif, ladite donation n'aura d'effet que *du jour* de la ratification expresse que ledit donataire en aura faite par-devant notaire, duquel acte il restera minute. » Les effets de la ratification ne datent que *du jour* où elle est donnée d'une manière expresse en due forme. N'est-ce pas dire, en d'autres termes, que l'acceptation du *porte-fort* est dépourvue d'effet en soi ? n'en résulte-t-il pas,

comme nous le disions tout à l'heure, que, si les formules sont diverses, les effets sont identiques?

Nous ne saurions donc voir qu'une vaine querelle de mots dans la dissidence des auteurs luttant sur la terminologie, quand, en réalité, ils sont d'accord, et soutenant, les uns, ce que les autres nient : la faculté sous le Code d'accepter une donation en se portant fort pour le donataire. Seulement, comme l'ordonnance est abrogée et que le Code passe sous silence la partie de son texte relative à la ratification, nous croyons plus conforme aux vrais principes de dire, à l'inverse de ce que proclamait l'ordonnance, qu'aujourd'hui il n'y a aucun compte à tenir de l'acceptation du *porte-fort* en matière de donation. (Comp. nº 166.)

223. — Inutile de faire remarquer que le droit de se faire représenter à l'acceptation par un mandataire, n'est pas le privilége exclusif des personnes capables d'accepter la donation pour elles-mêmes et en leur propre nom; que cette faculté appartient également à celles chargées d'accepter pour autrui ou de prêter assistance à ceux qui ne peuvent accepter qu'à cette condition.

SECTION DEUXIÈME.

DES BIENS QUE PEUT EMBRASSER LE PARTAGE D'ASCENDANT, ET DE LA MANIÈRE DE LES RÉPARTIR.

—

SOMMAIRE :

224. — Le partage entre vifs ne peut comprendre que des biens présents. — Raison de cela.
225. — S'il embrasse des biens à venir, il est nul pour le tout.
226. — Réfutation de MM. Réquier et Bertauld.
227. — Le partage testamentaire n'exclut pas les biens à venir. — Explication.
228. — Le partage peut se borner à une portion du patrimoine.
229. — Suite. — Démonstration.
229 *bis*. — Ce qu'il advient du lot du renonçant ou de l'indigne.
230. — Nonobstant la disposition de l'art. 1077, l'ascendant reste libre de disposer des biens non compris au partage.
231. — D'une clause sans effet.
232. — Partages successifs.
233. — Les biens omis ne donnent lieu qu'à un supplément de partage.
234. — Réunion fictive des biens partagés à ceux qui restent pour le calcul du disponible et de la réserve.
235. — Suite. — Controverse. — Démonstration.
236. — Retour de la jurisprudence.
236 *bis*. — Le disposant sera toujours libre de modifier ces conséquences.
237. — Renvoi pour la solution de questions diverses.
238. — Le partage entre vifs ne saurait comprendre les biens dotaux.
239. — Exceptions à cette prohibition.
240. — Réfutation par la jurisprudence d'une doctrine paradoxale.
241. — Rejet d'une modification proposée par l'enquête agricole.
242. — Si la femme dotale peut comprendre dans un partage entre vifs l'immeuble acquis de ses deniers dotaux sans charge de remploi.
243. — Résolution affirmative.
244. — Les deniers dotaux n'ont pour garantie, en ce cas, que les seuls immeubles qui en sont la représentation, sans extension aux augmentations acquises.

224. — En nous disant que le partage entre vifs serait soumis aux formalités, *conditions et règles* de la *donation entre vifs,* l'art. 1076 nous avertissait suffisamment que ce partage ne pourrait comprendre que des biens présents. La première et la plus essentielle des conditions de la donation n'est-elle pas, en effet, qu'il en soit ainsi ? Il pouvait donc sembler superflu d'ajouter, par une disposition expresse, que le partage entre vifs « ne pourrait avoir pour objet que les biens présents. »

Si, dans l'ordre de la nature aussi bien que dans celui de la loi positive, la donation entre vifs, *datio,* ne se peut concevoir sans appauvrissement de la personne qui dispose, l'*actualité* du dessaisissement exigée du donateur est également conforme aux règles de la raison naturelle. Ce n'est pas donner, en effet, dans le sens primordial de l'expression, que de se borner à promettre ou à faire espérer une chose. Le partage enté sur une donation ne pouvait donc pas, sans faire violence à la loi aussi bien qu'à la raison, se borner à faire ce que des commentateurs de la Coutume de Bourgogne qualifiaient de *lots d'espérance.*

L'interdiction de comprendre des biens à venir dans le partage entre vifs ne résulterait pas de la seule obligation du dépouillement de l'ascendant et de la néces-

sité de l'*actualité* de ce dépouillement, qu'il faudrait l'induire de son *irrévocabilité*. Si l'on ne peut pas dire de l'irrévocabilité, comme de l'actualité, qu'elle soit de l'*essence* même de la donation, elle n'en est pas moins exigée par la loi, et c'est de leur réunion que s'est formée, dans notre ancien droit coutumier, la règle fondamentale : *donner et retenir ne vaut.*

Le premier corollaire que le Code devait tirer, à la suite de l'ordonnance de 1731, de cette double nécessité de l'actualité et de l'irrévocabilité du dessaisissement du donateur se trouve consignée dans l'art. 943, qui prohibe, en règle générale, la donation de biens à venir. Comment se pouvoir dessaisir actuellement de ce qu'on n'a pas encore ? D'un autre côté, comme il dépend toujours de l'homme d'aliéner ce qu'il a déjà, ou de ne pas acquérir ce qui lui manque, il est également manifeste que la donation de biens à venir, c'est-à-dire de choses qu'on restera libre d'aliéner si on les possède, ou de ne pas acquérir si on ne les a pas encore, est en opposition formelle avec le principe de l'irrévocabilité de la donation entre vifs.

225. — Moins sévère que l'ordonnance qui avait voulu que la donation cumulative de biens présents et à venir fût nulle pour le tout, quand même le donataire aurait été mis en possession par le donateur des biens présents, l'art. 943 est revenu aux idées de Cujas et d'Auzannet. La nullité de la donation de biens à venir n'exerce plus aujourd'hui aucune influence sur le sort des donations de biens présents faites dans le même acte, *uno et eodem contextu*. En faisant ici une

application naturelle de la maxime *utile per inutile non vitiatur,* le Code a sagement innové : il a corrigé cet excès de rigueur, cet abus du principe de l'indivisibilité des contrats.

Si rationnelle qu'elle soit, cette innovation est sans application au partage par acte entre vifs. Est-ce là ce qu'a voulu exprimer le § 2 de notre art. 1076 en nous disant, par dérogation à la règle posée par l'art. 943, que ce partage « *ne pourra* avoir pour objet *que les biens présents ;* » qu'en d'autres termes, le partage entre vifs sera nul *pour le tout* s'il comprend des biens à venir en même temps que des biens présents?

Est-ce là ce qu'a entendu dire l'art. 1076? On ne peut que le supposer. L'important est de constater qu'il n'en saurait être autrement ; que, le partage, en effet, formant un tout indivisible, on n'en saurait distraire les biens à venir sans en détruire l'harmonie. Ici s'applique *a fortiori* la raison que, sous les anciens principes, rendait Auroux des Pommiers de la pratique à laquelle il a été dérogé par notre art. 943, que, « faite *uno et eodem contextu,* la donation des biens présents et à venir étant une, dans l'intention des parties qui avaient uni et confondu les biens à venir avec les biens présents pour n'en faire qu'une seule et même disposition, la nullité d'une partie de la disposition devait nécessairement entraîner celle de l'autre. » (Sur Bourb., art. 210.)

L'opération est multiple en quelque sorte : on ne saurait reconnaître à chaque lot une existence propre et indépendante : l'un n'existe qu'avec et par les

autres; la nullité de l'un entraîne donc forcément celle des autres.

226. — Cette solution, qu'avec MM. Genty et Demolombe nous fondons, moins encore sur le texte de l'article 1076 que sur la nature même des choses, a paru trop absolue à M. Réquier, qui subordonne aux circonstances l'invalidité du partage embrassant des biens à venir. Nul pour le tout quand, à raison de son importance, la distraction de ces biens doit amener la perturbation dans la composition des lots, le partage ne donne lieu qu'à l'action en garantie quand ces biens n'entrent dans ces lots que pour une faible proportion. (N° 124. — V. aussi M. Lyon-Caen, n° 84.)

La distinction de l'éminent magistrat ne satisfait personne; car voici qu'à son tour un savant professeur accuse la nouvelle théorie de timidité, et la repousse comme trop restreinte. Pour M. Bertauld (*l. c.*, n° 163), l'art. 1076 n'ajoute rien à l'art. 943 : la nullité se borne aux seuls biens à venir, et ne laisse de choix aux copartageants qu'elle atteint qu'entre l'action en garantie et celle de l'art. 1078, suivant que l'un des lots n'est qu'ébréché ou périt en entier par le retranchement des biens à venir. Oh! incertitude de l'esprit humain!

Nous répondons à M. Réquier que sa distinction a contre elle le texte de l'art. 1076 § 2, qui restera avec toutes les apparences d'une redondante superfluité s'il n'ajoute rien à l'art. 943; qu'elle mène à l'arbitraire : comment déterminer le degré d'importance

des biens à venir au delà duquel se devra produire la nullité ?

A M. Bertauld, nous dirons que l'art. 1078, sur lequel il étaie sa nouvelle distinction, paraît avoir été rédigé dans une tout autre pensée que celle qu'il lui suppose, ainsi qu'en témoigne la lecture de son texte : « si le partage *n'a pas été fait entre tous les enfants.* »

Nous ne pouvons donc que maintenir notre solution, avec la modification qu'y apporte M. Genty pour le cas où le descendant, qui aurait été apportionné en biens à venir, ne recueillerait pas son lot à raison de prédécès, de renonciation ou autre cause. Dans cette hypothèse, en effet, l'apportionnement en question resterait en dehors du partage, qui ne constituerait plus qu'une donation restreinte aux biens présents.

227. — Quant au partage testamentaire, il est à peine besoin de mentionner qu'il pourra embrasser indifféremment les biens à venir et les biens présents. Cette vérité ne résulte pas seulement *a contrario* de la prohibition de l'art. 1076; elle s'induit surtout de la règle posée en premier lieu par cette disposition législative, que le partage d'ascendant suit le sort de la disposition dont il prend la forme. Le partage en question ne devant produire effet qu'au décès de l'ascendant, c'est à cette époque, et à cette époque seulement, qu'il faudra se placer pour en apprécier la validité et les effets.

Les biens à venir dont il est ici parlé, et qu'il est loisible à l'ascendant de comprendre dans son partage testamentaire, ne se peuvent évidemment entendre

que d'objets individuels que l'auteur du partage n'a pas encore, mais dont l'acquisition est dans ses vues au moment où il dispose, ou bien encore de sommes ou valeurs à prendre à son décès sur les biens qu'il pourra laisser, lesquelles ne constituent manifestement que des biens à venir. (Comp. mon *Traité des disp. par cont. de mar.*, t. I, n° 123.)

Si le bien que n'avait pas encore l'ascendant au moment de la confection du testament n'était pas encore entré dans son patrimoine au temps de son décès, celui dans le lot duquel ce bien avait été placé aurait son recours en garantie contre ses cohéritiers.

228. — Nous savons déjà qu'en droit romain, le chef de famille qui voulait opérer entre ses enfants le partage de ses biens n'était pas tenu d'y comprendre tout ce qu'il possédait. Nous avons vu que notre droit coutumier obéissait à des principes différents ; que le partage anticipé opéré par l'ascendant devait embrasser l'universalité des biens possédés par celui-ci au moment de sa distribution. On motivait cette règle par la raison même qui l'avait introduite : on considérait que ce partage aurait perdu jusqu'à sa raison d'être si, au décès de l'ascendant, il avait pu rester quelque chose à partager, et, par cela même, une dernière chance de dissentiment à courir.

Boullenois avait fait justice de cette jurisprudence en démontrant que la raison alléguée dépassait le but, et les auteurs du Code se sont rendus à l'excellence de ses déductions, en accordant fort justement leur préférence au droit romain sur les principes du droit

coutumier. Nous ne saurions croire que Justinien ait mérité le reproche de contradiction, ou violé ouvertement les règles de la logique, quand, après avoir commencé par nous dire, dans le chapitre VII de sa Novelle 18, que l'utilité du partage *inter liberos* est de prévenir les contestations entre proches, il donne, quelques lignes plus bas, la faculté aux chefs de famille de borner sa distribution à une portion de son avoir : *si quis voluerit suas res filiis aut dividere*, *aut omnes, aut etiam* ALIQUAS *forte relinquere* PRÆCIPUAS. Ne se peut-il pas, en effet, que les compétitions entre frères ne soient à prévoir par l'ascendant qu'au sujet de certains biens, objet plus particulier des convoitises de chacun d'eux, ou dont la division semblerait présenter des difficultés plus grandes? serait-ce, d'ailleurs, que les chances de contestation ne décroissent pas naturellement en raison même de la diminution des objets à partager? serait-ce enfin que la conciliation et le maintien de la bonne harmonie entre frères seraient le seul but à poursuivre? L'utilité pour l'ascendant de se décharger sur de plus jeunes de portion d'une administration désormais trop étendue ne compte-t-elle pas aussi, le plus souvent, parmi les motifs déterminant du père de famille?

La raison et la logique n'ont donc rien perdu à ce retour aux principes du droit des Novelles.

229. — Mais ce retour est-il bien certain? Comment en douter! Il ne résulterait pas presque textuellement des art. 1076 et 1077, qu'il nous faudrait l'induire des principes généraux du droit, aucune disposition de loi

ne limitant, à cet égard, la faculté qui appartient de droit commun à toute personne de disposer de ses biens comme bon lui semble, *en tout ou en partie* (art. 894, 895, 1076). L'art. 1076 nous dit bien que le partage entre vifs ne pourra avoir pour objet que les biens présents, mais il ne dit pas qu'il devra les comprendre tous; et l'art. 1077 n'ajoute-t-il pas immédiatement que « si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à la loi ? »

Nulle distinction entre les biens ne provenant à l'ascendant que d'acquisitions postérieures et ceux dont il avait déjà la possession au moment du partage, entre ceux qu'il aurait oublié d'y comprendre et ceux qu'il en aurait écartés à dessein. Comment y introduire aucune de ces distinctions! Ne suit-il pas de là que la disposition universelle n'est pas de l'essence du partage d'ascendant, et que, pour ne pas comprendre tous les biens, l'acte n'en retient pas moins le caractère du partage régi par les art. 1075 et suivants ?

229 *bis.* — Ce que nous disons des biens omis au partage de l'ascendant, nous l'appliquons sans plus de difficulté à ceux laissés disponibles par le refus ou l'incapacité des abandonnataires. Aucune nullité du partage ne résultant de ce refus ou de cette incapacité de recueillir, les biens compris au lot du renonçant ou de l'indigne seront traités comme s'ils étaient restés en dehors de l'opération, et feront l'objet d'une répar-

tition supplémentaire (Cass., 21 nov. 1833; Dall., XXXIV, I, 27).

230. — Inutile d'ajouter que les biens tenus en dehors de la répartition du père de famille ne donneront lieu au complément de partage dont il est ici parlé qu'autant que ces biens n'auront pas fait l'objet de dispositions ultérieures de la part de l'ascendant, resté libre d'en disposer dans les limites du disponible.

231. — Il y a plus : la clause du partage portant que les biens qui se trouveront dans la succession de l'ascendant au moment de son décès seront partagés par égales portions serait sans influence sur ce droit de disposition du père de famille. Pareille clause, offrant tous les caractères de l'institution contractuelle, ne saurait avoir d'efficacité qu'en contrat de mariage (art. 943, 1082 et 1076 combinés ; — V. aussi Grenoble, 12 fév. 1859 ; Dall., LX, I, 169).

232. — Il suit de ce qui précède que le patrimoine du père de famille peut faire l'objet de partages successifs résultant d'actes différents, entre vifs ou testamentaires, et souscrits à des époques diverses.

233. — Il en résulte encore que, pour ne comprendre qu'une portion de ce patrimoine, le partage d'ascendant n'en conserve pas moins son caractère de partage définitif.

Il est, en effet, de principe en matière de partage, que l'omission de quelques-uns des objets à partager n'annule pas l'opération pour le surplus (887), et cette règle des partages ordinaires reçoit ici son application : *Ceux des biens qui n'auront pas été compris dans le*

partage seront donc partagés conformément à la loi (1077), par supplément à l'acte de partage déjà consommé, lequel demeure dans toute sa force et vertu.

Astreindre les descendants au rapport des objets qu'ils ont retirés de ce premier partage serait l'anéantissement même de ce partage et la négation du droit de faire un partage partiel. Une autre raison s'opposerait encore au rapport en question : il est loisible au disposant, en effet, d'en dispenser ses donataires. Or, comment ne pas lire cette dispense écrite en termes exprès, sinon sacramentels, dans l'attribution de biens faite à des enfants pour leur tenir lieu de lots après la mort du donateur? La meilleure manière de dispenser du rapport à partage n'est-elle pas de supprimer jusqu'à la possibilité de ce partage en y procédant soi-même de son vivant?

234. — Est-ce à dire qu'il faille reconnaître désormais à l'ascendant deux patrimoines au lieu d'un seul, et composés, l'un des biens partagés, l'autre de ceux tenus en dehors du partage ; deux successions, la succession partagée et la succession *ab intestat?* que l'une soit tellement distincte de l'autre, qu'il n'y ait aucun compte à tenir de la première pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve de la seconde ; qu'enfin les dispositions nouvelles auxquelles il conviendrait à l'ascendant de se livrer aient pour limite le disponible mesuré sur les seuls biens restés étrangers à sa distribution, sans possibilité pour lui d'y réunir fictivement ceux déjà partagés?

Grave question, qui divise profondément les cours

de justice et les auteurs, et que nous ne saurions, sans manquer aux principes précédemment exposés, résoudre que par la négative.

Si, comme nous croyons en avoir fourni la démonstration, le partage entre vifs suppose avant tout une donation, comment ne pas faire à cette donation l'application de l'art. 922 ? Serait-ce parce qu'au lieu de disposer par la voie de la donation ordinaire, un père aura préféré la voie du partage *inter liberos,* qu'il sera dépouillé d'une manière presque absolue du droit de disposer, à titre gratuit, de la portion des biens qui lui reste, à l'effet de réparer des inégalités amenées par le temps dans les parts qu'il avait d'abord faites, de venir au secours d'un copartagé maltraité par la fortune ? Il faudrait que l'exception fût textuellement écrite dans la loi pour que nous pussions l'y apercevoir. Où se lirait-elle donc cette exception ?

Dans l'art. 922 ! Il est absolu : il veut, sans distinction aucune, que, pour le calcul et la fixation de la quotité disponible, on *réunisse fictivement* à la masse à partager les biens précédemment *donnés par actes entre vifs.*

Dans l'art. 1076 ! En soumettant les partages anticipés faits par actes entre vifs aux *conditions des donations*, ne consacre-t-il pas à leur égard la règle générale, et ne les déclare-t-il pas virtuellement et nécessairement soumis à la réunion fictive qui forme l'une des conditions de toute donation ?

235. — Mais les partages sont irrévocables, et dessaisissent immédiatement l'ascendant, qui n'y saurait

désormais porter atteinte ! — A merveille ! Mais en serait-il donc autrement de la donation ordinaire ? Elle aussi est irrévocable, ni plus ni moins que le partage en question, ce qui n'empêche pas la loi de la soumettre, par une disposition expresse, à la *réunion fictive*. Sans valeur quand il s'agit de celle-ci, l'objection en est absolument dépourvue quand il s'agit de celui-là. Que serait-ce encore ?

C'est violer l'art. 1077 que de soumettre à un nouveau partage les biens déjà partagés ! — Nous avouerons n'avoir jamais compris la portée de cette objection ; comme la précédente, elle repose sur une équivoque, sur une fausse entente de la *réunion fictive* dont il est ici parlé, fort mal à propos confondue avec ce qu'en jurisprudence on qualifie, sans plus de raison, de *rapport fictif*, et dont elle diffère entièrement.

L'imputation des biens partagés dans la masse active, aux termes de l'art. 922, n'offre effectivement aucun des caractères du rapport. C'est pure affaire de de calcul, consistant à additionner la valeur des biens dont le *de cujus* s'est dépouillé entre vifs à titre gratuit, avec la valeur de ceux qu'il laisse à sa mort, à seule fin de constater, d'après le total, le montant des dispositions qu'il a pu se permettre. Le rapport mettrait à néant le partage en question ; il en serait la négation absolue ; il en amènerait un nouveau. Ici, rien de pareil ; les choses restent dans l'état où elles sont. Rien, conséquemment, qui porte atteinte à la stabilité du partage, pas plus qu'à l'irrévocabilité des donations du droit commun. Preuve : Le calcul pro-

posé aura bien pour résultat d'augmenter le chiffre *nominal* du disponible en augmentant, *nominalement* aussi, la masse héréditaire sur laquelle il sera mesuré; mais serait-ce que, lorsqu'il s'agira d'attribuer ce disponible ainsi accru à un donataire postérieur ou à des légataires, il sera retranché quelque chose des biens précédemment distribués ? Nullement.

De deux choses l'une, en effet : les biens restés en dehors du partage seront insuffisants pour compléter les droits des nouveaux donataires ou légataires, ou, au contraire, ils suffiront à leur donner satisfaction. Dans le premier cas, les principes de la matière obligeant les donations les plus récentes et, à bien plus forte raison, les legs à souffrir d'abord de l'insuffisance du disponible, les enfants investis par le partage n'auront rien à redouter. Dans la seconde hypothèse, le calcul aura pu aboutir à l'anéantissement des droits éventuels des copartagés sur les biens non distribués, sans qu'il y ait à regretter ce résultat, laissant encore aux mains du chef de la famille, même après le partage, le moyen de faire respecter son autorité ; mais — c'est le point à constater — les droits acquis seront restés sans atteinte.

Ainsi s'évanouissent les objections déduites de l'irrévocabilité du partage d'ascendant en général, et de la nécessité de laisser hors de toute atteinte le partage partiel, en particulier.

La théorie qui suppose la séparation du patrimoine de l'ascendant en deux successions distinctes est donc sans fondement légal. « De même qu'il n'y a qu'une succession, de même il ne peut y avoir qu'une

réserve et qu'une quotité disponible se calculant sur la masse tout entière. Si, dans le partage qu'il a fait entre vifs, l'ascendant a maintenu l'égalité entre ses enfants, il a conservé dans toute son étendue le droit qu'il tient de la loi d'en avantager un ou plusieurs dans une certaine limite, et, ce droit demeurant intact entre ses mains, il doit pouvoir l'exercer sur les biens non partagés ou sur ceux qu'il aurait acquis depuis. S'il en était autrement, et si la quotité disponible devait se déterminer seulement d'après l'importance des biens existant au décès, le père de famille reculerait souvent devant un partage anticipé, qui amoindrirait et rendrait en quelque sorte illusoire entre ses mains un droit nécessaire au maintien de son autorité, et qu'il doit désirer conserver jusqu'au dernier moment. Or, la loi, qui voit avec faveur le partage par le père de famille, ne peut y avoir attaché des conséquences qui seraient de nature à l'entraver et à le rendre plus rare. »

236. — Ces considérations morales, que nous empruntons à un savant rapport de M. le conseiller d'Ubexi (Dall., 1860, I, 70) comme couronnement de notre démonstration, ne pouvaient pas demeurer étrangères au retour de la jurisprudence de la Cour régulatrice aux vrais principes, trop manifestement méconnus par le fameux arrêt *Meillonas*, rendu par la chambre des requêtes le 4 février 1845. Nous en trouvons le reflet dans l'arrêt de cette chambre du 13 février 1860, rendu à la suite du rapport en question (Dall., LX, I, 169). Les nouvelles décisions portées par la même

chambre, les 24 avril 1861, 17 août 1863, et par la chambre civile le 14 mars 1866 (Dall., LXI, I, 277; LXIV, I, 29; LXVI, I, 173), nous autorisent à considérer la jurisprudence de la haute Cour comme désormais fixée sur ce point important (1).

236 *bis*. — Il ne faudrait rien moins qu'une manifestation de volonté de l'ascendant pour prévenir l'application au partage entre vifs de la disposition de l'art. 922. Elle se pourrait induire des expressions employées dans la disposition qui aurait suivi le partage, de celle par exemple contenant le legs d'une quote-part des biens *qui se trouveraient dans la succession.*

237. — La question que nous venons de résoudre a des collatérales, dont l'examen sera mieux placé sous le titre consacré aux actions en rescision et au point de départ de la prescription de ces actions, à l'occasion desquelles elles s'agitent dans la pratique.

238. — Si générale que soit la faculté accordée aux père et mère et autres ascendants de faire entre leurs

(1) Voir aussi Caen, 23 mars 1847; Lyon, 23 juin 1849; Agen, 17 avril 1850; Douai, 21 mai 1851; Caen, 10 mai 1852; Angers, 22 juillet 1852; Colmar, 24 décembre 1852; Paris, 12 janvier 1854; Bourges, 21 février 1854; Douai, 12 février 1857; Rennes, 20 décembre 1860; Douai, 26 janvier 1861; Riom, 3 mai 1862; Bordeaux, 9 juin 1863 (Dall., XLVIII, II, 132; XLIX, II, 202; L, II, 3; LII, II, 253; LIII, II, 185; LIII, V, 359; LIV, II, 140; LV, V, 336; LVII, II, 165; LXI, II, 234; 235; LXII, II, 110; LXIII, II, 207; — V. aussi Genty, p. 241; Beautemps-Beaupré, II, n° 679; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 396, note A; Colmet de Santerre, IV, n° 245 *bis*.; Aubry et Rau, t. V, p. 564; Demol., XIX, n°s 329 et suiv.). — *Contra*, req., 4 fév. 1845 (Dall., XLV, I, 49); Angers, 25 avril, 1846 (Dall., XLVI, II, 84); Bordeaux, 12 avril 1851 (Dall., LII, II, 124); Bordeaux, 23 décembre 1852 (Dall., LIV, II, 139); Rouen, 25 avril 1853 (Devil, LIV, II, 253; V. aussi Coin-Delisle, *Rev. crit.*, VII, p. 16 et suiv.; Dubernet de Boscq, *Rev. crit.*, XVIII, p. 342; Tropl., *Donat.*, t. II, n°s 964 et suiv.; Massé et Verger sur Zachar., t. III, p. 140).

enfants et descendants la distribution de leurs biens par acte entre vifs, il est d'évidence que cette faculté ne saurait appartenir qu'à celui-là seul aux mains de qui ces biens sont disponibles. Ainsi, la femme dotale, absolument incapable, aux termes de l'art. 1554 du Code civil, de donner ses biens dotaux, le sera également de comprendre ces biens dans un partage par acte entre vifs.

239. — Cette règle de l'inaliénabilité n'est pourtant pas si absolue qu'elle n'ait ses motifs d'exception. Il est évident d'abord que les époux, qui avaient la faculté de rejeter le régime dotal, ont pu en tempérer la rigueur, stipuler que tout ou partie des immeubles dotaux resterait aliénable aux mains de la femme. Au cas particulier, rien ne s'opposerait à ce que le partage en question portât sur ces biens.

L'une des causes de l'inaliénabilité se plaçant essentiellement dans l'intérêt même des enfants, on ne sera point censé l'enfreindre, non plus, quand l'aliénation n'aura lieu que pour leur avantage. Ainsi, la femme pourra, dans les formes et suivant les distinctions établies par les art. 1555 et 1556, disposer de sa dot pour procurer un *établissement* à ses enfants, partant, leur faire le partage entre vifs de ses biens, à la condition que ce partage aura pour but de les établir tous sans distinction; il ne suffirait pas qu'il eût lieu à l'occasion de l'établissement d'un seul qu'il se proposerait de favoriser.

240. — Ne semble-t-il pas que, hors de ces cas exceptionnels, la règle générale reprend son empire, et

que la prohibition subsiste pour le partage entre vifs aussi bien que pour tout autre mode d'aliénation ?

Si évidente que soit cette vérité, il n'a fallu rien moins qu'une décision de la Cour suprême pour redresser sur ce point les idées de plaideurs téméraires (req., 18 avril 1864; Dall., LXIV, I, 209 ; V. aussi Agen, 10 juil. 1850 et 16 fév. 1859 ; Devil., L, II, 338, et LVII, II, 193).

On a voulu induire l'autorisation générale, pour la femme dotale, de faire entre vifs le partage de ses biens dotaux entre ses enfants de la disposition même de l'art. 1556, autorisant celle-ci à disposer de ses biens pour *l'établissement* de ses enfants. C'était évidemment perdre de vue qu'il ne s'agit, dans cet article de loi, que d'une dérogation à un principe général, motivée par l'accomplissement pour la mère d'un devoir, et de l'acquittement d'une dette naturelle. Comment ne pas voir, dès lors, que ce serait mettre la règle à la place de l'exception, et dénaturer étrangement la pensée qui l'a dictée, que d'en induire, pour la femme mariée sous le régime dotal, le droit absolu de disposer de tous ses biens au profit de ses enfants, sous prétexte que toute libéralité de sa part, en même temps qu'elle remplit le but de l'inaliénabilité des biens dotaux — la conservation de ces biens aux enfants — rentre dans l'exception, en ajoutant à leur aisance et en complétant ainsi leur *établissement*.

Le raisonnement est à peine spécieux. Toute exception, en effet, doit être strictement limitée au cas prévu, et il résulte des termes mêmes de la loi, pris dans leur

sens le moins restreint, qu'une fois *établis* les enfants ne peuvent plus rien recevoir de leur mère aux dépens de l'inaliénabilité de sa dot.

241. — L'autorisation, pour la femme mariée sous le régime dotal, de faire à ses enfants donation entre vifs portant partage ne pouvant se lire dans la loi, on s'est demandé s'il ne serait pas bon de l'y introduire.

La question s'est posée lors de l'enquête agricole, à l'occasion de celles plus générales de savoir si, au point de vue des intérêts de l'agriculture, il ne conviendrait pas, d'une part, de restreindre les rigueurs du régime dotal, de l'autre, de donner des encouragements aux partages d'ascendants.

Le rapport présenté par M. Joseau, au nom de la sous-commission nommée dans le sein de la commission supérieure chargée du résumé et de la discussion de chacun des points touchés par l'enquête, avait conclu à la modification proposée (V. t. II, p. 214, 222, 249 et suiv. du résumé de l'enquête agricole). Mais, à la suite d'observations échangées entre le ministre de l'agriculture et le rapporteur, la commission s'est, dans sa séance du 4 mars 1869, prononcée en faveur du *statu quo*, c'est-à-dire du maintien pur et simple des art. 1555 et 1556 du Code civil.

On ne saurait qu'approuver cette résolution. Sans se prononcer ici sur le mérite comparatif de chacun des régimes matrimoniaux reconnus par la loi qui nous régit, on ne saurait méconnaître que la solution proposée eût porté incidemment le coup le plus terrible à la dotalité. Aussi cherchait-on, de la part de

ses partisans, à se persuader qu'elle contenait moins une modification à la loi en vigueur que la substitution d'une interprétation législative à celle de la jurisprudence.

Le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal est hors de cause, nous disait le rapporteur de la sous-commission. En reconnaissant à tout ascendant le droit de faire entre ses enfants et descendants le partage anticipé de ses biens, l'art. 1075 est aussi général que possible, et c'est apporter une restriction à ce droit que de le limiter au partage des biens exempts de dotalité. Le partage d'ascendant, poursuivait-il, offrant, non le caractère d'une aliénation mais celui d'une succession ouverte par anticipation, il ne porte pas plus atteinte aux intérêts que le régime dotal a pour but de sauvegarder que la faculté accordée à la mère de doter ses enfants avec ses biens dotaux. La conservation aux enfants de la fortune de leur mère étant le principal fondement de la dotalité, le partage qui les saisit *immédiatement* de ce dont le régime dotal a pour but de leur garantir la transmission ne saurait rentrer dans la prohibition d'aliéner.

Vains arguments ! Comment ne pas voir, en effet, que la possibilité pour la femme d'arriver par un partage anticipé à aliéner, sous la pression maritale, ses biens dotaux sous le nom de ses enfants, constitue un véritable danger que ne sauraient entièrement conjurer ni l'obligation de solliciter l'homologation par les tribunaux de ce partage anticipé, ainsi que l'estimait le rapporteur de la sous-commission, ni le maintien,

ainsi qu'il le supposait aussi, jusqu'au jour du décès de la femme, du caractère de dotalité imprimé aux biens qui en font l'objet?

242. — Une femme s'est mariée sous le régime dotal sans stipuler le remploi de sa dot mobilière. L'immeuble au paiement duquel aura servi cette dot *ne sera pas dotal*, nous dit l'art. 1553 du Code civil. Remplaçant aux mains du mari la dot mobilière dont celui-ci avait la libre disposition (1551), cet immeuble échappe à l'inaliénabilité ordinaire du fonds dotal. Ainsi le veut l'immutabilité des conventions matrimoniales, proclamée par les art. 1395 et 1543. Mais, tout aliénable qu'il soit, cet immeuble n'en restant pas moins affecté à la garantie de la dot mobilière dont il est la représentation, on s'est demandé si la femme en peut disposer *à titre gratuit*, si elle peut en faire l'objet d'un partage entre vifs entre ses enfants, aussi bien qu'elle en peut disposer à titre onéreux.

243. — La Cour de Toulouse s'est prononcée pour la négative, par le motif qu'entre les mains de la femme l'immeuble acquis avec la dot mobilière n'est point un bien paraphernal *ordinaire* dont elle ait l'entière et libre disposition; que l'aliénation n'en saurait être sanctionnée qu'autant qu'elle aura pour effet de sauvegarder la dot que représente cet immeuble; qu'au lieu d'être absolue, la capacité de la femme est restreinte en ce qui touche l'aliénation de cet immeuble, et ne peut s'étendre aux contrats qui, au lieu de lui offrir l'équivalent de sa dot, auraient, par leur nature, *pour résultat immédiat de l'en dépouiller*; que si rien

ne s'oppose à la vente qu'elle en voudrait faire, le prix qu'elle en retire étant l'équivalent de ses deniers, on ne saurait admettre qu'elle ait le droit d'en disposer à titre gratuit (17 déc. 1866; Dall., LXIX, II, 1).

L'arrêt de la Cour de Toulouse a été cassé, le 12 avril 1870 (Dall., LXX, I, 264), et cela devait être : on s'explique difficilement le caractère mixte, hybride, attribué par la Cour de Toulouse à l'immeuble acheté des deniers dotaux, mais non dotalisé. On a peine à comprendre, dit fort justement l'annotateur de son arrêt, la nature juridique d'un bien qui serait à la fois *paraphernal* ou de libre disposition quant aux aliénations à titre onéreux, et *dotal* ou frappé d'indisponibilité quant aux aliénations à titre gratuit.

De la règle que l'immeuble payé avec la dot mobilière est la représentation et le gage de celle-ci, laquelle, en principe, est inaliénable par la femme comme la dot immobilière, il ne résulte qu'une chose, dirons-nous à notre tour avec la Cour de cassation : c'est que cet immeuble reste grevé *de la créance dotale* entre les mains de la femme, comme il serait grevé *de l'hypothèque légale* entre les mains du mari, si l'acquisition en avait été faite par lui; que, conséquemment, la femme ne s'en peut dessaisir qu'à la charge et *sous la réserve de cette affectation.*

Les sûretés de la femme pour la garantie de sa dot sur l'immeuble acquis par elle dans les conditions de l'art. 1553 se bornant à l'équivalent de l'hypothèque légale qu'elle aurait eue sur les biens de son mari, elle est, en sa qualité de femme dotale, créancière, sur

le paraphernal qu'a servi à payer sa dot, du montant de cette dot. Quant à l'immeuble ainsi *paraphernalisé,* il ne saurait être que de libre disposition en ses mains. La certitude absolue d'une collocation sur cet immeuble suffit à sa garantie. La femme aliène-t-elle cet immeuble ou se borne-t-elle à le grever d'une hypothèque, cette aliénation ou cette hypothèque seront inattaquables, par la raison que l'immeuble ainsi aliéné ou hypothéqué n'était pas dotal, et que le pouvoir d'en disposer, sous la seule réserve de l'affectation dotale, était aussi exempt d'entraver chez la femme que pourrait l'être chez le mari celui de disposer des immeubles grevés de l'hypothèque légale garantissant les reprises dotales dont il est débiteur. Sur le prix de ceux-ci, la femme arriverait par voie de collocation ; il en sera de même sur le prix de celui-là.

Très-bien ! Mais c'est précisément, nous est-il répliqué, parce que cette collocation est impossible sur un prix qui n'existe pas, au cas de disposition à titre gratuit ou de partage par acte entre vifs, que pareille disposition est elle-même impossible, et que la femme qui l'aura souscrite sera autorisée à procéder par voie de revendication.

L'argumentation repose sur une confusion manifeste qui n'a point échappé à l'annotateur de l'arrêt de la Cour de Toulouse. « Si la femme, en disposant à titre gratuit de l'immeuble qui formait le gage de sa dot, s'est dépouillée *à tort* de la valeur représentative de cette dot, la conséquence à tirer est très-simple, et très-éloignée de l'expédient radical de notre arrêt, fait

justement remarquer le savant critique. L'immeuble donné garantissait la dot de la femme quand il était dans ses mains, il continuera simplement à la garantir aux mains du donataire. La femme a alors, vis-à-vis de celui-ci, la position qu'elle aurait vis-à-vis de l'acquéreur d'un immeuble de son mari, au profit de qui elle aurait renoncé gratuitement à l'hypothèque légale grevant l'immeuble vendu. Elle réclamera sur l'immeuble donné le montant de la dot dont elle a indûment disposé, comme elle exercerait sur les biens de son mari l'hypothèque légale à laquelle elle aurait *illégalement* renoncé. Elle ne pourra pas exercer sur lui-même un droit de revendication en vertu duquel il lui serait permis d'aller jusqu'à évincer le tiers acquéreur, qui lui offrirait le remboursement intégral de sa dot. »

Rien de plus juste. Elle n'a droit qu'à sa dot; c'est à la garantie de celle-ci que s'est trouvé affecté l'immeuble donné. Elle doit se montrer satisfaite du remboursement qui lui en est offert, car c'est à cela que se borne son droit. C'est ce que constate à son tour l'arrêt de cassation du 12 avril 1870 : « L'acte par lequel la femme avait disposé de ses immeubles par voie de partage anticipé entre ses enfants était inattaquable *en lui-même*. Le caractère d'acte à titre gratuit inhérent audit partage ne pouvait avoir pour effet de changer les droits de la donatrice. Vis-à-vis des donataires, aussi bien que si elle se fût trouvée en présence de créanciers saisissants ou d'acquéreurs à titre onéreux, elle avait, non un droit de revendication s'étendant aux immeubles eux-mêmes et *aux augmentations* qu'ils

avaient pu acquérir depuis l'acte de disposition, mais seulement *un droit de créance* à la faveur duquel elle pouvait *reprendre sur la valeur des immeubles* la dot ou les deniers dotaux dont lesdits immeubles étaient le gage et la représentation. »

Ces considérations répondent à cette observation de la Cour de Toulouse, que la garantie destinée à réparer ici les conséquences de la donation ne fait point disparaître le vice originaire du contrat, que l'exercice de cette garantie même aurait pour effet d'anéantir; que, d'un autre côté, la femme ne peut être condamnée à subir les pertes qui résulteraient pour elle presque inévitablement de la vente forcée de son gage. Rien dans ces déductions qui ne s'applique avec égalité de raison à la femme *dotale*, qui aurait renoncé gratuitement, au profit de l'acquéreur d'un immeuble de son mari, à son hypothèque légale sur cet immeuble. Dans ce cas non plus, la garantie destinée à réparer les conséquences de la renonciation de la femme à ses avantages ne fait pas disparaître le vice originaire de son abandon. On peut ajouter qu'ici, aussi bien qu'au cas de la donation, l'exercice de cette garantie est onéreuse à la femme, et que, dans tous les cas, il a pour effet d'anéantir les effets de son désistement. Ces considérations, qui n'ont pas arrêté le législateur dans un cas, ne pouvaient le faire reculer dans l'autre.

244. — Il suit de tout ce qui précède que la dot, quoique représentée par l'immeuble non dotal au paiement duquel elle a servi, n'en restant pas moins limi-

tée à sa valeur originaire, laisse nécessairement hors de ses atteintes les augmentations survenues à cet immeuble. Les exigences de l'indisponibilité dotale ne sauraient, en effet, excéder la reprise pure et simple du montant même de cette dot.

La femme s'est-elle constitué ses biens présents *et à venir* — telle était l'espèce soumise à la Cour de Toulouse — on se heurte à une nouvelle difficulté pratique.

La plus-value dont s'est accru l'immeuble acquis des deniers dotaux aura le caractère dotal, et rien ne saurait s'opposer, dans le système de la nullité de la disposition à titre gratuit et de la revendication, à ce que cette plus-value fasse, comme l'immeuble lui-même, retour à la femme. C'est ce qu'a décidé assez logiquement la Cour de Toulouse. Mais, dans l'opinion qui, suivant nous, doit prévaloir, qu'adviendra-t-il de la plus-value dont il est ici question ? On peut considérer légalement cette plus-value comme un bien *à venir* et, comme telle, frappée d'indisponibilité. Mais, d'un autre côté, comment échapperait-elle à la nature de l'immeuble dont elle est l'accessoire, et auquel nous refusons le caractère dotal ? comment pourrait-elle n'être pas comprise dans l'aliénation qui s'en fait ? La disposition de cet immeuble comprendra donc forcément les augmentations dont il se sera accru ; mais comme le droit de la femme se borne à une créance garantie par la valeur de cet immeuble, et qu'une plus-value *immobilière* ne saurait accroître à une créance, celle de la femme ne portera que sur la portion de cet immeuble correspondant à la créance originaire.

245. — Il est à peine besoin d'énoncer que le partage testamentaire peut embrasser les biens dotaux, puisqu'au moment où ce partage devra produire ses effets la cause de l'indisponibilité aura cessé.

246. — Rien ne s'opposerait non plus à ce que la femme dotale comprît ses paraphernaux dans un partage entre vifs (1576).

247. — L'interdiction pour l'ascendant de comprendre dans sa distribution les biens dont il n'a pas la libre disposition s'étend, à bien plus forte raison, à ceux qui lui sont absolument étrangers.

Qu'en sera-t-il des biens sur lesquels l'ascendant n'a qu'un droit de communauté avec des tiers? Le moyen le plus commode et le plus sûr serait assurément de commencer par sortir de l'indivision existant entre lui et ses communistes, ou bien de faire intervenir ceux-ci dans le partage qu'il entend faire de sa part entre ses enfants. C'est avec ceux-ci qu'en ce cas se ferait le partage, auquel rien ne saurait le soustraire (815).

L'ascendant pourrait aussi se borner, tout en laissant subsister la première indivision, à partager entre ses enfants la part proportionnelle qui lui appartient dans la masse indivise, en attribuant à un premier enfant la portion lui revenant dans tel objet, à un second celle qui lui revient dans tel autre. Encore faudrait-il, dans cette hypothèse, que la chose objet de l'indivision avec les tiers fût multiple; sinon il ne resterait plus à l'ascendant qu'à attribuer sa part, dans l'unique objet de l'indivision existant entre les tiers et lui, à l'un de ses héritiers présomptifs, en apportion-

nant les autres avec d'autres biens. — Ces tempéraments se prêteraient indifféremment au partage testamentaire et au partage entre vifs.

248. — Ce que nous disons de la propriété indivise entre l'ascendant et un tiers s'applique avec identité de raison à celle qui lui serait commune avec ses enfants ou descendants eux-mêmes. Il est donc légalement et absolument interdit au survivant des père et mère de comprendre dans son partage testamentaire la portion encore indivise revenant à ses enfants dans la communauté ayant existé entre son conjoint et lui.

Tel est le principe. « Si la mère, dit Coquille sur l'article 17 de la Coutume de Nivernais, titre *Des Successions*, étant décédée sans disposer entre ses enfants, le père survivant s'avise de faire partage entre eux, tant des biens paternels que maternels, il est certain que la disposition ne vaut pas directement pour la succession maternelle. » Tel est le principe; telles sont aussi les conséquences auxquelles il nous semble difficile de se soustraire : conséquences souvent fâcheuses, écartant l'une des applications les plus fréquentes et les plus désirables du partage testamentaire, qui aurait pour effet d'éviter des morcellements et de faciliter la formation, pour chaque enfant, du lot qui lui convient le mieux, conséquences auxquelles la pratique a peine à se soustraire, et auxquelles la jurisprudence elle-même oppose une résistance plus aisée à comprendre qu'elle n'est facile à justifier (Riom, 28 juil. 1838; Dall., v[is] *Disp. entre vifs et testam.*, n° 4617).

Le partage ne constituant effectivement pour l'ascendant qu'un mode de disposition de ses biens, et nul ne pouvant disposer que de ceux qui lui sont propres, il ne saurait y avoir plus de raison pour le père ou la mère survivant de comprendre dans son partage la portion appartenant à ses enfants dans les biens de sa communauté que ceux qui leur proviendraient d'une autre source. L'utilité qu'il peut y avoir à faire une chose n'en saurait à elle seule justifier juridiquement la pratique.

La nécessité de parer à l'inconvénient a rendu fréquente chez l'ascendant l'apposition à sa disposition excessive d'une clause pénale dont nous justifierons plus tard la légalité, et consistant à priver de sa part dans la quotité disponible ceux des copartagés qui en contesteraient la régularité. (*Inf.*, n° 389.)

249. — Il est bien entendu qu'à raison de l'indivisibilité de ses parties, le partage dont il est ici parlé devra tomber tout entier, et qu'il y aura même impossibilité pour l'ascendant de soumettre la portion qui lui est propre à un partage testamentaire, tant qu'il n'aura pas commencé par la faire déterminer au moyen d'un partage de la communauté elle-même, à moins qu'il ne se contente, comme au cas de l'indivision avec un tiers, d'attribuer à l'un de ses enfants sa part indivise dans tel de ses biens, et à tel autre sa part également indivise dans tel autre.

Dans les cas ordinaires, la nullité du legs portant sur la chose d'autrui laisse subsister les autres dispositions testamentaires; mais ici les dispositions nulles

sont étroitement enchaînées à celles qui par elles-mêmes n'ont rien d'illicite, de façon que les unes sont la condition des autres, et que, les premières étant mises au néant, les secondes sont privées de leur raison d'être. (Comp. Angers, 25 janv. 1862 ; Dall., LXII, II, 36.)

250.— La prohibition n'a rien d'aussi absolu en ce qui touche le partage entre vifs. Ce partage ne se pouvant réaliser qu'avec le concours et l'assentiment des enfants, si ceux-ci sont majeurs et maîtres de leurs droits, l'acceptation qu'ils y auront donnée aura pour effet de le valider, non-seulement en ce qui regarde la portion de la communauté revenant à l'auteur du partage, mais encore en ce qui touche celle qui leur est propre. Il est fort clair, en effet, qu'en acceptant le partage des biens de la communauté tout entière, ils acceptent par là même celui de chacune des parties qui le composent, de celle afférente aux biens qui leur sont propres aussi bien que celle relative aux biens appartenant à l'ascendant.

Mais, la validité de l'opération ne procédant ici que du consentement donné par les enfants au partage, il est essentiel qu'ils aient capacité pour le fournir. Suffisante en ce qui touche la portion des biens appartenant à l'ascendant, l'acceptation des tuteurs et autres représentants des incapables ne suffirait pas pour donner force et vertu au partage relativement à ceux de ces biens qui sont la propriété de ces incapables. En l'absence de toutes formalités de justice, ce partage ne pourrait être considéré que comme provi-

sionnel (466), sans distinction des deux portions des biens confondus dans un tout indivisible.

250 *bis.* — De ce que le partage dont il est ici parlé tire sa validité du consentement des enfants qui y ont concouru, et de ce qu'il porte sur une masse unique, la Cour de Montpellier a été autorisée à conclure qu'aucun d'eux n'est recevable à l'attaquer sous prétexte qu'il n'a pas sa réserve dans la succession de l'époux prédécédé, et à demander la formation de deux masses distinctes, s'il est d'ailleurs établi qu'il ne manque rien à celle à laquelle il avait droit sur la masse entière des deux successions (6 mars 1871; Dall., LXXI, II, 252. — Comp. n° 662 *bis*).

Nous en induirons aussi que toute sanction expressément consentie par les copartagés qui ne serait contraire ni à la loi ni à l'ordre public devra recevoir sa rigoureuse exécution. C'est par application de ces principes que la Cour de Bordeaux a jugé, le 16 mai 1870, que, dans l'hypothèse où le partage cumulatif des biens du père prédécédé, de la mère survivante et de leur communauté, a été fait sous la condition d'une rente au profit de la mère, avec réserve *de reprendre le lot de l'enfant en retard de payer sa part dans la rente*, la mère est fondée, le cas échéant, à reprendre le lot *tout entier* du retardataire, et non pas seulement la portion de ce lot formée des biens à elle propres (Dall., LXXI, II, 247).

Si rigoureuses qu'en paraissent les conséquences, cette décision ne saurait être sérieusement contestée. Le consentement librement donné à la confusion des

trois masses dans le partage fait par leur mère, et à l'affectation spéciale de chaque lot à la garantie de la réserve expressément stipulée par celle-ci, emportait effectivement pour les copartagés obligation étroite de s'y soumettre.

251. — Ce que nous venons de dire implique que notre solution serait différente si, en l'absence de la réserve expresse dont il vient d'être parlé, l'ascendant survivant en était réduit à la seule invocation du principe de l'article 953 du Code civil. En ce cas, croyons-nous, en effet, la révocation ne pourrait porter que sur la seule portion des biens provenant au copartagé négligent de l'ascendant qui en poursuit la réalisation, par la raison que, le caractère de libéralité du partage en question se bornant à ces biens-là, les obligations qui en découlent pour les copartagés ne sauraient, à moins de stipulation bien expresse, avoir pour garantie directe ceux qui leur étaient déjà acquis au moment du partage.

251 *bis*. — Dans l'hypothèse d'un partage cumulatif fait par *deux conjoints* à leurs enfants à charge de rente viage, la Cour de Bordeaux avait, par un précédent arrêt du 5 juin 1850 (Dall., LII, II, 132), reconnu au parent survivant le droit, en dehors de toute stipulation particulière, de reprendre le lot tout entier de l'enfant en retard de payer la pension.

Cette décision, que la Cour fonde sur une sorte d'indivisibilité de l'opération, sur ce que « les enfants avaient été apportionnés sans que chacun de leurs lots se composât d'une moitié des biens du père et d'une

moitié des biens de la mère, » diffère trop sensiblement de l'espèce objet de notre solution pour qu'elle puisse lui être opposée. Dans tous les cas, il serait permis d'élever des doutes sérieux au sujet de sa légitimité même : elle perd de vue qu'au moment où s'exerce la révocation de l'ascendant survivant, le décès du conjoint avait déjà, comme dans notre hypothèse même, fait acquérir à l'acte, *en ce qui concernait celui-ci*, le caractère de partage de succession ouverte, au détriment de celui de donation qu'il avait eu jusque-là. La solidarité des différents éléments de la disposition visée par le juge était-elle donc de nature à l'emporter ici sur le droit définitivement acquis au cohéritier sur les biens du conjoint survivant? Il est permis d'en douter. (Comp. nº 659.) Nous inclinons donc à penser que, dans l'hypothèse même de l'arrêt de 1850, les effets de la résolution poursuivie par l'ascendant survivant, dans les termes de l'art. 953, auraient dû se borner aux seuls biens que le copartagé en faute tenait de lui.

252. — Ce ne sont pas seulement les biens leur provenant de la communauté ou de la succession de l'époux prédécédé que, d'accord avec l'ascendant survivant, les enfants ou descendants peuvent faire entrer en partage; ils peuvent y soumettre, à bien plus forte raison, les biens d'une provenance différente, et restés indivis entre eux. Mais ici encore, le partage ne constituant, en ce qui concerne les biens des descendants, qu'un partage ordinaire, la validité n'en pourrait résulter, en cas de minorité ou d'interdiction

de quelques-uns d'entre eux, que de l'accomplissement des formalités judiciaires.

252 *bis*. — S'il est loisible aux enfants de réunir les biens leur provenant des communauté et succession de l'ascendant prédécédé, ou de toute autre source, à ceux appartenant à l'ascendant survivant, pour les soumettre à un même partage entre vifs, rien ne pourrait, à bien plus forte raison, s'opposer à ce que des pères et mères confondissent également leurs biens en une masse unique, à l'effet d'en faire entre leurs enfants l'objet d'un seul et même partage, non point dans la forme testamentaire (nous verrons plus tard que pareil partage tombe sous la prohibition générale des testaments conjonctifs) [968], mais dans celle des donations entre vifs.

Rien ne saurait, en effet, faire obstacle à pareille combinaison, si les parents sont mariés sous le régime de la séparation de biens ou de l'exclusion de communauté, ou si, mariés en communauté, ils ont eu soin de ne comprendre dans leur partage que les biens qui, pour eux, ont le caractère de *propres*. La difficulté ne commence qu'au sujet des acquêts de communauté, formant déjà une masse indivise entre les époux.

253. — Avant d'en examiner le fondement, demandons-nous quelle serait la valeur du partage entre vifs des biens de la communauté fait avant sa dissolution par le mari seul.

Si, tant que cette communauté subsiste, le mari est plus qu'un administrateur ordinaire des biens qui la composent, il n'en a cependant pas la propriété

exclusive ; s'il peut hypothéquer et vendre, ce n'est que par une conséquence naturelle et légale de sa qualité de copropriétaire et d'époux et des garanties qui s'y trouvent attachées. En l'investissant de pouvoirs aussi étendus, la loi n'a eu en vue que la plus grande prospérité de la société conjugale. Elle suppose que, libres d'un contrôle qui pourrait les entraver, ses opérations seront plus profitables à la communauté dont il est le chef.

Cette supposition répugne manifestement aux dispositions à titre gratuit. Si vendre peut avoir son utilité, « donner c'est perdre » (Paul, l. 7, ff. *de donat.*) : de là interdiction générale pour le mari de disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté, et, conséquemment, d'en faire la répartition entre ses enfants.

254. — La défense a cependant ses exceptions. Par une sorte de ressouvenir des anciens principes (art. 225 de la Coutume de Paris), et par une conséquence assez naturelle aussi de ce pouvoir exorbitant qu'elle lui reconnaît d'aliéner à titre onéreux, la loi ne pouvait guère refuser au mari la faculté de reconnaître un service, de se livrer en faveur de qui bon lui semble à l'un de ces actes de munificence ou de gratitude sans conséquence fâcheuse pour l'avenir de la société conjugale. C'est à ces premières considérations qu'a sacrifié le § 2 de l'art. 1422, portant que le mari « peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et *particulier* au profit de toutes personnes, pourvu qu'il *ne s'en réserve pas l'usufruit.* »

La prohibition générale aurait-elle pu ne pas fléchir également devant la qualité des personnes gratifiées et la destination même de la libéralité? Quel plus légitime emploi pourrait être fait des fonds de la communauté que de les faire servir à l'*établissement des enfants issus du mariage!* Si la loi ne reconnaît plus à ces enfants « d'action contre leurs père et mère pour un établissement par mariage ou autrement » (art. 204), en est-ce moins un devoir naturel pour ceux-ci de leur procurer cet établissement ?

Il résulte donc de ces prémisses qu'en faisant le partage des biens de la communauté entre les enfants *communs*, en vue de l'*établissement* de ceux-ci par mariage ou autrement, le père agit dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés comme chef de la communauté ; qu'il se borne à l'acquittement d'une dette commune à la mère ; qu'il remplit un devoir naturel aux deux : *dos filiæ est onus utriusque parentis ;* qu'il donne aux choses de la communauté leur destination la plus sacrée. La loi estime que, pour cet acte pieux, il y a entente et accord de sentiments entre les époux ; que le père n'agit qu'en exécution du mandat tacite qu'il a reçu de la mère dans leur pacte nuptial. Seulement, comme celle-ci reste toujours libre de ne pas ratifier ce mandat, le résultat définitif du partage restera subordonné, en ce qui la concerne, au parti qu'elle ou ses héritiers prendront à la dissolution de la communauté.

S'ils renoncent, c'est le mari qui se trouve, en fin de compte, avoir été seul propriétaire des biens partagés.

Si la communauté est acceptée, le partage, quoique fait par le mari seul, sera réputé avoir été fait par le mari et la femme conjointement, car la moitié des biens qu'il comprend se trouvera avoir appartenu à la femme *ab initio*, et aura été d'ailleurs partagée en son nom par son représentant légal.

La conséquence sera la même en ce qui regarde le partage que le mari aura fait *des meubles* de la communauté. Ce partage sera également valable à l'encontre de la femme, pourvu que le mari ne s'en soit pas réservé l'usufruit ; un partage, c'est-à-dire la distribution d'objets déterminés, ne pouvant jamais constituer qu'une disposition *à titre particulier*. Il importerait peu, *en ce cas,* que le partage se fût proposé, ou non, l'*établissement* des enfants copartagés ; il n'importerait pas davantage que ces enfants fussent des enfants issus du mariage.

Dans le cas où il en serait autrement, la disposition du mari n'en rentrerait pas moins dans les exceptions consacrées par l'art. 1422 : ce serait du second paragraphe de cet article de loi, et non plus du paragraphe premier, qu'il ferait résulter son droit. Seulement, si le partage n'avait profité qu'à ses enfants à lui, la disposition ne pouvant plus être considérée comme commune aux deux époux, la femme, tout obligée qu'elle serait à la respecter, n'en aurait pas moins droit à une récompense (1469).

A part les deux cas d'exception dont il vient d'être fait état, la règle qui défend au mari de disposer contractuellement à titre gratuit des biens de la commu-

nauté reprend son empire, et fait obstacle au partage qu'il s'en proposerait.

255. — Serait-ce à dire qu'il y ait pour le mari incapacité absolue de faire le partage des biens de la communauté? que la disposition qu'il s'en serait permise fût absolument nulle? Non. Elle n'est pas nulle de sa nature, disait Valin sur l'art. 22 de la Coutume de la Rochelle, au sujet de la donation ordinaire. Elle n'est nulle ou pourra se trouver, nulle à la dissolution de la communauté, que respectivement à la femme. Si, tant que cette communauté subsiste, la femme a un droit, ce droit n'est pas ouvert : elle n'a encore que celui d'accepter ou de renoncer. A la dissolution, ce droit se complète. Si elle accepte, elle peut demander le redressement de ce qui lui fait grief. Jusque-là, elle ne peut que solliciter sa séparation de biens. L'art. 1422 n'a pas d'autre signification que celle-ci : à la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers pourront, en cas d'acceptation de cette communauté, provoquer la nullité du partage ou, en d'autres termes, demander la réunion des biens partagés à ceux qui peuvent rester à la masse de la communauté, pour être partagés par moitié.

Supposez, au contraire, la renonciation de la femme ou des siens : il n'y aura jamais eu de communauté; le mari n'aura disposé que de choses qui lui étaient propres; il n'y aura eu de sa part aucune infraction à la loi, et le partage conservera ses effets. Ce n'est pas la femme ou ceux qui sont à ses droits qui, dans ce cas, pourraient se plaindre; car ils sont sans intérêt et,

conséquemment, sans qualité. Le mari! il est censé avoir toujours eu la propriété exclusive des biens partagés. Le mari! comment pourrait-il exciper de sa propre contravention! La renonciation de la femme effaçant jusqu'aux moindres traces dans le passé, on lui répondrait par la maxime : *Eum quem de evictione tenet actio*... Donateur à titre de partage, il doit tenir sa promesse.

256. — Au cas d'acceptation de la femme ou des héritiers qui lui survivent, ce n'est que pour la part de communauté appartenant à ceux-ci que la donation-partage faite par le mari est réputée non avenue et inexécutable. Les donataires copartagés ne perdront rien pour cela : la portion des biens de la communauté qu'ils sont tenus de restituer à la femme ou aux siens est reprise par eux en équivalent, soit sur la part du mari dans les autres biens communs s'il s'en trouve, soit sur ses biens personnels.

La preuve de cette vérité s'induit *a fortiori* de la disposition de l'art. 1423 : si, aux termes de cet article, les légataires, à l'égard de qui le mari ne peut disposer par testament que de sa part dans la communauté, se peuvent indemniser sur les autres biens de celui-ci des valeurs léguées qui leur sont enlevées comme faisant partie du lot de la femme, combien, à plus forte raison, en doit-il être de même pour la donation-partage, « pour l'acte accompli par le mari dans le plein exercice de son autorité, et dont l'exécution a précédé la dissolution de la communauté. »

Cette doctrine est celle de Marcadé sur l'art. 1423

n° 5; c'est celle de MM. Rodière et Pont, t. II, n° 889. Elle est énergiquement combattue par M. Bertauld (*l. c.*, n° 203).

L'opposition du savant professeur est la conséquence de l'opinion qu'il s'est faite des droits du mari sur les biens de la communauté, *stante matrimonio.*

257. — Nous venons d'argumenter de l'art. 1423. Cette disposition législative, en autorisant le mari à léguer des objets déterminés dépendant de la communauté, et conséquemment à en faire le partage entre ses enfants et descendants (1076-1423), sans subordonner l'efficacité de sa disposition à la condition que les objets en question ne tomberont pas dans le lot de la femme lors du partage de cette communauté, crée une véritable exception au principe de l'art. 1021, qui prononce la nullité du legs de la *chose d'autrui.* Le légataire, avons-nous vu, qui est dans l'impossibilité, par l'événement du partage de la communauté, de recueillir son legs en nature, a droit à la récompense de la valeur totale de ce legs sur la part des héritiers du testateur dans la communauté, et même sur les biens personnels de celui-ci.

Le motif de cette exception est facile à déterminer, et donne, suivant nous, la solution d'une question qui divise nos meilleurs auteurs, celle de savoir si la disposition de l'art. 1423 est également applicable au cas où le legs ou partage testamentaire procède de la femme au lieu de procéder du mari. Ce motif, le voici : « La loi s'est montrée indulgente pour un testateur qui, durant sa vie, s'était habitué par l'exercice à la

souveraineté sur un patrimoine dont la libre gestion lui était confiée...; bien que cette souveraineté ne dût pas lui survivre, il a dû naturellement se faire illusion sur la durée et l'étendue de son pouvoir. »

Si c'est là la raison déterminante du législateur — comment lui en supposer une autre ! — en quoi pourrait-elle s'appliquer à la femme ? C'est donc bien intentionnellement que le texte la passe sous silence ; l'article 1423, d'ailleurs, n'est que la conséquence de ceux qui le précèdent, et appartient au même ordre d'idées qu'eux. Comme eux, il crée un privilége découlant pour le mari, suivant une remarque de Marcadé, de sa seule qualité de chef suprême de la communauté, d'administrateur ayant des droits presque semblables à ceux d'un propriétaire exclusif. La femme n'a donc pas plus de raison d'invoquer l'art. 1423 qu'elle n'en saurait avoir d'invoquer les art. 1421 et 1422 du Code civil.

Cette conclusion, que nous croyons inévitable, est combattue par MM. Duranton (XIV, 280), Zachariæ (III, 439), Rodière et Pont (II, 895). Suivant ces deux derniers auteurs, les héritiers de la femme seraient toujours astreints, soit qu'ils acceptent, soit qu'ils répudient la communauté, à exécuter comme charge de la succession le legs qu'elle aurait fait de biens de cette communauté.

Le débat ne saurait porter ici sur la conclusion, mais sur le principe même. Si la disposition est valable en soi, nul doute que les héritiers de la testatrice ne soient tenus d'y faire honneur. Mais est-elle valable ?

La question sera toujours de savoir si l'art. 1021 n'y fait point obstacle. Or c'est, suivant nous, ce que l'article 1423 ne saurait empêcher.

258. — Si l'inefficacité du partage, en ce qui touche la partie des biens communs dévolue à la femme ou aux siens, et les compensations ou reprises par équivalent auxquelles cette inefficacité aura donné lieu sur les biens personnels du mari, amenaient dans la composition des lots des descendants copartagés une telle perturbation qu'il y eût nécessité de recommencer l'opération, l'anéantissement de ce partage, en ce qui touche les biens communs, entraînerait également, par voie de conséquence, sa destruction relativement aux propres.

259. — Nous avons supposé, dans les explications qui précèdent, que le partage fait pour l'établissement des enfants issus du mariage pouvait revêtir indifféremment la forme universelle, à titre universel ou particulier. Cette supposition n'a rien d'arbitraire. Elle nous est contestée cependant. Mais nous ne saurions revenir ici sur les considérations qui la justifient et sur la réfutation que nous avons faite ailleurs de celles invoquées à l'appui de la thèse adverse. (Comp. mon *Traité des disp. par cont. de mar.*, II, 341.)

260. — Un père a fait à ses enfants *d'un premier lit* partage de *partie* des biens de sa seconde communauté. Il est hors des cas exceptés par l'art 1422. La femme ou ses héritiers collatéraux acceptent la communauté et demandent le rapport des biens partagés à la masse. Les donataires copartagés pourront-ils, sur

le motif que le partage s'est trouvé valable *pour moitié*, se soustraire à l'obligation de ce rapport par l'offre de partager les biens en nature ou par voie de licitation? Il faut distinguer, suivant nous : ou bien il n'existe pas d'autres biens de même nature dans la communauté, et, dans ce cas, la prétention des copartagés trouve sa justification dans les art. 826 et 1476 combinés; ou bien la communauté comprend d'autres biens de la nature de celui ou de ceux dont il a été disposé, et la solution contraire est seule admissible.

261. — Le besoin de conciliation de l'intérêt des tiers avec celui de la femme ou de ceux qui la représentent irait-il, à l'inverse, jusqu'à autoriser ici l'application de l'art. 859, qui, en cas d'aliénation de l'immeuble donné, dispense du rapport en nature? Nous ne le saurions croire, car l'action de la femme ou de ses héritiers a ici pour fondement une présomption légale de fraude à ses droits. La femme ou les siens pourront demander le rapport des biens partagés à la masse; rien ne saurait les obliger à accepter une indemnité, dont ils pourront cependant se contenter (Lebrun, *Communauté*, liv. II, ch. II, n° 39; Chopin sur Paris, t. I, liv. II, n° 32).

262. — Les copartagés auront, comme tous donataires ou cessionnaires, le droit d'intervenir au nouveau partage de la communauté pour la conservation de leurs droits, et pour veiller à ce qu'on n'affecte pas de placer dans le lot de la femme ce que l'équité conseille de laisser de préférence dans celui du mari (882, 1166).

263. — Si, par le résultat du nouveau partage de la communauté, les biens partagés ont été attribués au mari, toujours il en aura été propriétaire (883), et il n'aura partagé que le sien. Rien de plus naturel, dans ce cas, que de laisser les choses partagées aux mains des donataires. Ces biens, au contraire, sont-ils tombés au lot de la femme, les copartagés perdent leurs droits sur eux : ils en devront opérer la restitution à celle qui en aura toujours eu la propriété exclusive. La femme, comme le dit Marcadé, les prendra dans les mains du donataire, comme elle les prendrait dans la maison, s'ils n'en étaient pas sortis.

264. — Il semble inutile de s'arrêter à faire observer que jamais la femme ne pourra procéder seule au partage entre ses enfants des biens de la communauté encore existante : pareil partage emporterait de sa part acceptation anticipée de cette communauté, contrairement aux prescriptions légales (art. 1395, 1441, 1453).

265. — Il suit de tout ce qui précède que, la communauté ne se pouvant, hors du cas de séparation de corps ou de biens, liquider tant que vivent les deux époux, la faculté de partager ses biens entre ses enfants n'existe dans toute sa plénitude que pour le parent survivant.

266. — Il en résulte encore que, sous le régime de la communauté, régime de la petite fortune, du travail et de l'économie, ne laissant le plus habituellement à distribuer aux enfants de ceux dont il a fixé le choix que les fruits accumulés de l'épargne, l'exercice du par-

tage organisé par les art. 1075 et suivants sera souvent et fâcheusement entravé.

267.— Si certain et si regrettable qu'il soit, l'inconvénient ne saurait être évité. Des tentatives ont cependant été faites pour s'y soustraire, et ce qui aurait lieu de surprendre, c'est que ces tentatives ont trouvé encouragement dans des décisions judiciaires.

Dans une première rencontre, deux époux avaient imaginé de soumettre par convention authentique leur communauté à un partage provisoire, à seule fin de pouvoir procéder ensuite, chacun de son côté, au partage entre ses enfants de sa moitié ainsi déterminée. Une seconde fois — c'était mieux encore — un seul des époux avait, par son testament, fait, de son autorité privée, deux parts des biens de la communauté : il avait attribué l'une de ces parts à son conjoint et avait, par le même acte, procédé au partage de l'autre entre ses enfants. On disait, pour justifier la première de ces opérations, qu'en conférant aux ascendants la faculté de faire le partage de leurs biens entre leurs descendants, la loi avait entendu mettre à la disposition de ces ascendants *tous les moyens propres à atteindre ce but;* qu'il ne serait qu'imparfaitement rempli si une attribution provisionnelle ne pouvait servir d'élément à la répartition projetée de leurs biens entre leurs héritiers (V. Douai, 10 fév. 1828 et 3 août 1846 ; Bourges, 15 fév. 1860 ; Dall., *Rép.*, v[is] *Cont. de mar.*, n[os] 1702 et 2136; *R. P.*, LXII, I, 32) ; « considérant, disait à son tour la Cour d'Amiens le 9 décembre 1847 (Dall., XLIX, I, 312), que l'usage de la faculté accordée par la loi aux

père et mère de répartir leurs biens entre leurs enfants serait souvent incomplet et même impossible si, en vue de cette répartition, il ne leur était pas permis de déterminer et de s'attribuer d'une manière *provisionnelle* ce qui doit leur revenir dans la communauté. »

C'est, on le voit, la fin qui, dans *l'esprit* de cette dernière décision, aussi bien que dans celui de ses aînées, justifierait le moyen.

Il était juridiquement impossible qu'elle résistât à l'épreuve de la Cour suprême qui, le 13 novembre 1849 (Dall., *l. c.*), l'a cassée par les raisons qu'il résulte de la combinaison des art. 1395, 1423, 1441, 1453 et 1467, que l'indivision des biens mis en communauté par les époux ne doit cesser qu'après la dissolution même de la communauté; que, jusque-là, il n'appartient ni à l'un ni à l'autre des époux de déterminer de son chef l'importance de la communauté, d'en opérer la liquidation, de régler la répartition des biens qui la composent entre lui et son conjoint, et de disposer par acte de dernière volonté des effets de la communauté dont il aurait ainsi éventuellement composé son propre lot; que ce droit ne saurait appartenir à la femme, puisque, aux termes de l'art. 1453, tout acte impliquant de la part de celle-ci l'exercice de la faculté d'acceptation ou de renonciation avant la fin de la communauté serait nul et non avenu; qu'il ne saurait appartenir davantage au mari, l'art. 1423 du même code ne lui permettant de disposer d'un effet de la communauté, sous la forme

de donation testamentaire, que sous la condition que, par l'événement du partage, cet effet tombera au lot de ses héritiers ; qu'il ne saurait enfin résulter ni pour l'un ni pour l'autre des époux, de l'art. 1075, la faculté accordée aux ascendants de faire ainsi par anticipation le partage de leur succession *se trouvant nécessairement restreinte aux biens dont chacun d'eux a la propriété et la libre disposition.*

Ces raisons sont péremptoires ; elles répondent victorieusement à ces autres considérations également invoquées par la Cour d'Amiens, que le partage provisionnel dont il est ici parlé a droit au respect parce qu'il n'a rien de *contraire à la loi.* La loi dont les dispositions sont ici méconnues est celle qui, défendant toute atteinte à l'immutabilité du pacte matrimonial (1395), défend, par voie de conséquence, aux époux de sortir d'indivision avant la dissolution de la communauté, de rien faire qui implique l'exercice du droit d'acceptation ou de renonciation avant cette dissolution.

Que devient, en présence de ces motifs de la Cour régulatrice, la distinction proposée entre le partage définitif de la communauté et le partage qui ne serait que *provisionnel ?* Admettant le second, tout en reconnaissant l'impossibilité du premier, elle repose sur une fausse idée du partage provisionnel, supposant toujours chez son auteur la possibilité de procéder à un partage définitif, et ne différant de celui-ci qu'en ce qu'il ne porte que sur la jouissance et non sur la propriété.

268. — Si le partage de la communauté procède, comme dans l'espèce sur laquelle a eu à statuer la Cour d'amiens et la Cour de cassation après elle, du testament de l'un des époux ; s'il est le résultat de la seule volonté de celui-ci, il est manifeste que rien ne *pourrait* donner à ce partage provisionnel force et vertu dans l'avenir. Cette force, il ne la pourrait attendre, en effet, que de la ratification du conjoint survivant. Mais comment ne pas reconnaître qu'au moment où se produirait cette ratification, le concours des volontés, condition essentielle du contrat de partage, sera devenu impossible par le prédécès du testateur ? Ce premier partage est donc fatalement condamné à demeurer imparfait.

S'il n'a, ni ne peut avoir d'existence légale, comment le partage entre les enfants auquel il a servi de base pourrait-il produire effet ? Si l'auteur de ce double partage n'a pu se composer sa part dans la communauté, même en prévision de la ratification de son conjoint, qu'à bon droit nous supposons irréalisable, n'est-il pas évident que la distribution qu'il a faite ensuite entre ses enfants des biens qu'il s'était ainsi indûment attribués ne peut qu'être frappée de nullité, et qu'elle est aussi inopérante au regard des enfants copartagés qu'au respect de l'époux survivant ? C'est ce que décide très-catégoriquement l'arrêt du 13 novembre 1849 : « Attendu que le partage de la communauté ainsi réglé à l'avance par le mari ne peut donc valoir, ni comme partage définitif, ni comme partage provisoire ; que l'acceptation et la ratification de la femme

n'ont pu attribuer à ce partage les caractères et la force obligatoire d'un contrat devenu parfait, seulement après la dissolution de la communauté, entre elle et son conjoint *prédécédé;* qu'il ne saurait y avoir, en effet, *de lien de droit* que par le concours *simultané* des volontés des contractants, concours qui n'existe pas du moment où le décès de la partie qui, la première, a manifesté une intention de s'obliger, a précédé le consentement ultérieur de l'autre partie. » (Comp. Bordeaux, 8 août 1850; Cass., 21 déc. 1861 ; Dall., LI, II, 143 ; LXII, I, 31.)

Nous conviendrons que si le partage provisionnel de la communauté a été l'œuvre des deux époux, cette dernière raison de décider (celle tirée de l'imperfection de l'acte à défaut du consentement mutuel) nous échappe ; que si, comme dans les espèces soumises aux Cours de Douai et de Bourges, le partage avait été l'objet d'une convention entre le père et la mère, la solution pourrait présenter plus de difficulté. Nous n'en tenons pas moins les décisions de ces Cours pour mal rendues.

On n'en saurait donner de meilleures raisons que celles consignées par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 novembre 1849, et reproduites dans celui du 23 décembre 1861, que le droit de liquider par anticipation la communauté avant sa dissolution n'appartient, ni au mari qui ne peut disposer, sous la forme testamentaire, que d'un seul effet de la communauté, et sous la condition essentielle qu'il tombera au lot de ses héritiers, ni à la femme, à qui

il est interdit de faire, durant la communauté, aucun acte impliquant de sa part l'exercice de son droit d'acceptation ou de renonciation. D'où il suit que le mari et la femme n'auraient pas plus le droit de procéder ensemble qu'isolément au partage de la communauté encore existante, et, qu'arrivant sa dissolution, le partage qui en aurait été opéré par anticipation serait à considérer comme inexistant : non plus, comme dans notre précédente hypothèse, parce que le *concours* des volontés n'aurait jamais pu se former, mais parce que ce concours aurait été inopérant, par ce motif qu'à cet instant de raison où la communauté se trouve dissoute par la mort de l'un des époux, le droit des héritiers de chacun d'eux naît indivis, et que rien ne saurait l'obliger à renoncer à demander le partage conforme à la loi ; qu'enfin le partage provisionnel n'est possible que dans les cas où le partage définitif serait permis (Genty, p. 155.; Demol., XXIII, n° 87; — *contra*, Tropl., *Cont. de mar.*, 1515; Ancelot sur Grenier, III, n° 395, note A).

269.— Une observation reste à faire au sujet de cette dernière hypothèse : le partage provisionnel de la communauté a été fait d'un commun accord entre le père et la mère, et chacun, de son côté, procède ensuite à un partage testamentaire entre ses enfants : quel sera l'effet de la ratification donnée au partage de la communauté ? Il faut distinguer : si les deux époux ratifient leur partage après leur séparation de corps ou de biens, les deux partages testamentaires sont validés et produisent leurs effets, car leurs auteurs se

trouvent n'y avoir compris que des biens qui étaient devenus leur chose propre au moment de leur mort. Il en sera autrement si la ratification ne procède que de l'époux *survivant*. Nous savons déjà, qu'en ce qui concerne le partage *inter liberos* du prédécédé, la ratification est inopérante à défaut du concours efficace des volontés, parce qu'au moment où ce dernier partage eût dû produire son effet, le partage de la communauté qui lui servait de base était nul. Mais en serait-il de même relativement à celui de l'époux survivant ? Nous ne le pensons pas.

Cette ratification du partage de la communauté de la part de l'époux survivant, en réalisant *par son concours avec celle des héritiers de l'époux décédé* la propriété telle que l'aurait exigée le partage testamentaire, donne à ce partage la vie qui jusque-là lui avait manqué. Les effets de ce partage ne devant se produire qu'au décès du testateur, il suffira qu'à cette époque les biens par lui partagés soient sa propriété, en droit aussi bien qu'en fait. Peu importe qu'au moment de la confection de son testament cette propriété ne lui appartînt encore que sous condition, si, au moment de l'ouverture du droit qu'il produit, cette condition se trouve réalisée.

Les ratifications dont il est ici parlé ne pouvant sortir à effet qu'autant qu'elles procèdent de toutes les parties intéressées, de l'époux survivant, d'une part, et de *tous* les enfants et descendants du prédécédé, de l'autre, condition sans laquelle ne saurait exister le concours efficace des volontés, qui seul peut donner

vie au partage de la communauté, elles sont bien près de se confondre avec la réfection même de ce partage, base nécessaire du partage *inter liberos*. Aussi n'hésitons-nous pas à penser que le partage de la communauté n'a ici d'existence légale et d'efficacité qu'à partir des nouveaux actes, tandis que s'il s'agissait d'une ratification ordinaire, ce partage serait appelé à bénéficier des effets de la rétroactivité qui en est la conséquence habituelle. Mais l'observation est sans résultat pratique, puisque le partage *inter liberos* qui s'ensuit ne saurait jamais dater que du décès donnant ouverture au testament qui le contient.

270. — S'il est absoulment interdit aux époux de procéder au partage de leur communauté avant le temps marqué pour sa dissolution, si, par suite, il y a pour eux impossibilité de faire séparément le partage entre leurs enfants des biens qui la composent, leur serait-il également défendu de faire des biens de cette communauté l'objet d'un partage conjonctif ; ne faut-il pas reconnaître, au contraire, que le concours de la femme au partage souscrit par le mari aurait pour effet de donner à l'opération la perfection qui lui manque, de couvrir la nullité dont, sans cela, cet acte demeure entaché? La question n'est pas sans difficultés. Elle divise les Cours comme elle partage les auteurs. Celles de Bourges (10 août 1840 ; Dall., XL, II, 211) ; de Caen (3 mars 1843 ; Dall., XLIII, II, 225 ; — V. aussi Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, I, 662 ; Odier, *eod.*, I, 225 ; Marcadé, art. 1442 ; Massé et Verger sur Zachariæ, IV, § 642, note), ont pris parti pour la nés

gative. Celles de Rouen (5 janv. 1844; Dall., XLIV, II, 293); d'Amiens (15 fév. 1849; Dall., XLIX, II, 133); de Paris (23 juin 1849, 23 nov. 1860; Dall., L, II, 10; LXII, II, 206); de Caen (8 fév. 1850; Dall., L, II, 162); de Toulouse (24 mars 1866; Dall., LXVI, II, 73), se sont prononcées pour l'affirmative, à laquelle la Chambre des requêtes est venue prêter aussi l'appui de sa grave autorité (5 fév. 1850, 29 avr. 1851, 31 juil. 1867; Dall., L, I, 97; LII, I, 25; LXVIII, I, 209).

On invoque en faveur de cette dernière solution, qui nous paraît mériter la préférence, les précédents: Lebrun (*Communauté*, liv. II, ch. II, sect. II, 4); Renusson (*eod.*, ch. V, 9); Valin (sur Rochelle, art. 22); Pothier (*Communauté*, nº 494). Il ne faudrait pas s'exagérer le secours qu'elle peut en tirer.

La Coutume de Paris, qui faisait le droit commun en cette matière, se prêtait beaucoup moins, sous certains rapports, que nos textes nouveaux à l'interprétation que nous combattons. En thèse générale, le mari était maître de disposer entre vifs, même *à titre gratuit*, des biens de la communauté. L'art. 225 de la Coutume était formel sur ce point. Il n'y avait d'exception à cette règle que pour le cas de fraude, et la jurisprudence était arrivée à reconnaître ce caractère à la disposition souscrite *en faveur des parents du mari*. Aujourd'hui, il ne s'agit plus de rechercher, comme autrefois, si le concours de la femme écarte une simple présomption de fraude et rend au mari sa capacité d'aliéner qui, pour ce cas seulement, lui était retirée. La capacité n'est plus la règle, c'est l'in-

capacité (1442), et la difficulté consiste à savoir si l'assistance de la femme peut relever le mari de cette incapacité-là.

271.— Réduite à ces termes, la question, pour nous, se résout encore par l'affirmative. Si l'art. 1422 a apporté une modification au texte de la Coutume, l'esprit en est resté le même. Nous n'admettons pas plus chez le mari, que nous ne reconnaissons chez la femme elle-même, l'incapacité absolue de disposer à titre gratuit des biens de la communauté. La capacité du mari nous paraît limitée par le seul intérêt de la femme, et celle de la femme par l'autorité maritale seulement aussi. Nos preuves sont d'une administration facile.

Le mari d'abord! La rédaction des nouveaux textes est loin d'accuser chez ses auteurs l'intention de le frapper d'une incapacité *absolue*, aussi contraire aux précédents législatifs qu'elle est contraire à la raison. Ils ont été votés sans discussion, et nous y retrouvons, en somme, les trois grandes règles résultant de la législation coutumière : droit de dominité sur les biens de la communauté; droit *absolu* d'en disposer à titre onéreux; droit *restreint* d'en disposer à titre gratuit. La *forme* de cette restriction a été modifiée; mais, au fond, elle est demeurée la même. Aux commentaires de la doctrine, aux interprétations de la jurisprudence (1), l'art. 1422 a substitué une règle fixe, mais

(1) Ce n'était que par interprétation de l'art. 225 de la Coutume de Paris, en effet, exigeant, pour la validité de la donation, que le mari l'eût faite à personne capable *et sans fraude*, que la jurispru-

dont l'esprit n'a pas changé. Le rapprochement et la contexture des art. 1421 et 1422 nous fournissent la preuve de cette vérité. Le premier porte que le mari peut *vendre*... les biens de la communauté *sans le concours de sa femme ;* quand le second ajoute aussitôt qu'il n'en peut disposer *à titre gratuit*... N'est-ce pas comme s'il y était dit qu'il n'en pourra disposer, dans cette forme, *sans le concours de sa femme ;* qu'en d'autres termes, la prohibition créée dans l'intérêt de celle-ci n'a rien d'absolu, et qu'elle en peut, à son gré, abdiquer le bénéfice? Ainsi en était-il dans les anciens principes, repoussant, dans les cas exceptionnels où il y avait interdiction pour le mari de disposer à titre gratuit, toute idée d'incapacité absolue. Ne dérivant que du droit éventuel de la femme, la prohibition s'évanouissait par le concours de celle-ci.

La femme! Serait-on mieux fondé à dire que, sans droit actuel sur les biens de la communauté, réduite à une simple expectative sur ces biens tant que cette communauté subsiste, elle a les mains liées d'une manière indéfinie et absolue en ce qui concerne l'aliénation de ces mêmes biens? Les art 1399 et 1441 protestent ouvertement contre la première partie de l'objection, et les art. 1426 et 1427 ne résistent pas d'une manière moins manifeste à la seconde. La femme! elle est aujourd'hui affranchie de la tyrannie de ces maximes, aussi surannées que mal comprises, de notre ancien droit lui refusant *stante matrimonio*

dence était arrivée à l'annulation de la disposition des conquêts de communauté, quand elle tendait indirectement à avantager le mari ou ses hoirs (Poth., *l. c.*, n° 481).

la qualité d'associée, en la bornant à la simple espérance de le devenir, *non proprie socia, sed speratur fore; maritus vivit ut dominus, moritur ut socius.* Pour elle, la communauté commence le jour du mariage, et, dès ce jour, elle est *copropriétaire* des biens qui la composent. Il n'est donc pas exact de prétendre qu'en en faisant le partage entre ses enfants elle disposerait de biens qui lui sont étrangers. Que lui manque-t-il à la femme commune pour pouvoir faire acte de souveraineté sur ses *propres*, pour en pouvoir disposer librement *à titre gratuit* aussi bien qu'à titre onéreux? Il lui manque l'assistance de son mari.

Cela posé, comment le consentement de celui-ci pourrait-il n'être pas suffisant pour lui permettre d'obliger la communauté? où serait le motif de différence? Elle pourrait avec l'assistance maritale donner ses propres à ses enfants, en faire le partage entre ceux-ci, et il lui serait défendu d'user des mêmes facilités relativement aux biens de la communauté! Eh quoi! on créerait en faveur des conquêts, fruits de la collaboration des époux, un privilége que n'ont pas les propres! on pourrait aller jusqu'à dire avec Marcadé (sur l'art. 1422), *que les biens communs ne peuvent pas être donnés;* faire ainsi « du régime dotal en pleine communauté!» (Demol., *Rev. crit.*, I, 147.) On pourrait ainsi frapper ces conquêts d'une véritable indisponibilité à titre gratuit, quand les seules parties intéressées à leur conservation s'accorderaient à les rendre à leur destination naturelle en en faisant la distribution entre leurs enfants ou descendants! Est-ce

possible? Non; et il suffit de signaler de pareilles conséquences pour faire proscrire le principe d'où on entendrait les faire découler.

272. — Mais où seraient donc les raisons si graves qui motiveraient d'aussi exorbitants résultats? La dépendance de la femme respectivement au mari, objecte-t-on d'ordinaire! Ici, le danger serait imaginaire, à raison même de la destination que reçoivent les biens en question.

Que serait-ce encore? Le mari, sans doute, est le chef de la communauté; nous reconnaîtrons même volontiers qu'il n'a pas le droit d'abdiquer sa puissance. La femme, si on le veut aussi, n'a encore qu'un droit futur, contingent, en ce qu'il est subordonné à son droit de renonciation, qu'elle ne saurait aliéner non plus. Qu'importe! ce droit souverain qui lui appartient, le mari n'en peut-il pas faire profiter sa femme! et quand, de son aveu, avec son consentement, elle dispose, la validité de la disposition n'est-elle pas encore, suivant une judicieuse observation de M. le conseiller Glandaz (rapport à la chambre des requêtes à l'occasion de l'arrêt de 1850; Dall. L, I, 100), un hommage rendu au pouvoir suprême du mari? Que les capacités respectives des deux époux soient limitées par l'intérêt de chacun d'eux, rien de mieux; mais qu'en dehors de leurs volontés il y ait obstacle à ce que, d'un commun accord, ils usent et disposent de leur propriété commune, c'est ce que la raison a peine à admettre. « Sans le concours de sa femme, le mari ne peut pas *tout* donner; sans le concours du

mari, la femme ne peut disposer de rien » à titre gratuit.

C'est à ces termes si simples, que nous empruntons encore au rapport qui a préparé l'arrêt de la chambre des requêtes de 1850, que se réduit, suivant nous, toute la théorie. Quand les deux époux se réunissent pour disposer, pour partager leurs biens communs entre leurs enfants communs, comme ils représentent à eux deux le droit de propriété dans toute son étendue, aucune réclamation ne pourra s'élever contre le légitime exercice de ce droit.

Concluons donc hardiment que, si le concours de la femme au partage souscrit par le mari entre ses enfants des biens de la communauté emporte renonciation, de la part de celle-ci, à en critiquer ultérieurement les termes, l'assistance et le consentement de celui-ci suffisent également pour relever la femme de l'incapacité résultant de sa qualité d'épouse, et qu'au moyen de ce concours mutuel la chose commune se trouve avoir été doublement attribuée dans sa totalité par le mari et par la femme : par le mari, dont la capacité se trouve complétée par l'adhésion de son associée ; par la femme, habilitée par l'assistance ou, mieux encore, par le mandat du chef de l'association.

273. — On aura déjà remarqué que cette situation diffère profondément de celle précédemment examinée ; le concours de la femme au partage anticipé des biens de la communauté entre les enfants ne suppose nullement un partage préalable de cette communauté entre les époux ; il exclut même jusqu'à l'idée de pareil

partage. La communauté est partagée telle qu'elle est par ceux qui en sont les copropriétaires, sans abandon par celui des deux dont le droit est subordonné à son acceptation ou à sa renonciation à la communauté, de cette faculté d'option. La loi veut que cette faculté demeure intacte (1453). Or, les actes ici consentis par la femme n'altèrent en rien cette faculté.

Advenant donc la dissolution de la communauté, si la femme accepte, rien ne s'opposera à l'entière exécution d'un partage valable dans ses conséquences comme dans son principe. Répudie-t-elle, au contraire, qu'importe son concours à l'acte ! Tout se trouvant rétroactivement effacé, le partage vaudra encore pour le tout, comme émané de celui dont le droit de propriété n'aura jamais eu de rival. On supposera que le mari a entendu faire pour lui le partage de la communauté tout entière pour le cas de renonciation de la femme. Ainsi s'évanouit l'objection tirée de l'art. 944. Il n'est point exact de dire que, par son droit de renonciation, la femme demeure maîtresse du sort de la donation portant partage. L'art. 944, en effet, ne veut qu'une chose : que, par l'effet d'un changement de volonté du disposant, l'objet donné ne puisse pas échapper au donataire. Ici le résultat est assuré, puisque, loin de frapper le partage de caducité, la répudiation de la femme lui donne un degré de stabilité de plus. En effaçant la communauté, elle fera supposer que le mari a été donateur unique de biens qui auront toujours été sa propriété privative (1179).

273 *bis.* — Rien ne s'opposerait cependant, suivant

nous, à ce que, par l'effet d'une déclaration formelle de volonté, la validité du partage demeurât, en ce qui concerne le mari lui-même, subordonnée à l'acceptation de la femme.

274. — Nous avons raisonné jusqu'à présent dans l'hypothèse où le partage se fait entre enfants communs aux deux époux. Rien, dans ce premier cas, qui en puisse entraver la pratique, tous les appelés ayant des droits égaux dans le patrimoine du père et de la mère. La même solution serait-elle encore possible si les enfants appartenaient à des lits différents?

M. Genty n'en fait aucun doute, et le savant auteur ne distingue entre les acquêts de communauté et les biens propres aux époux, que pour soumettre les derniers à une estimation comparative avant qu'il en soit fait division entre les enfants des différents lits dans la proportion de leurs droits. Pareille opération étant sans utilité en ce qui regarde les biens de communauté, dont la propriété appartient à chacun dans une proportion déterminée d'avance, il ne restera qu'à procéder, dans ce cas, comme dans celui d'une succession ordinaire se divisant en deux lignes : les enfants communs seront apportionnés et du chef du père et du chef de la mère, les autres ne pouvant l'être que du chef de l'un ou de l'autre seulement.

M. Demolombe approuve formellement ce mode de procéder en ce qui regarde les biens communs, sans s'expliquer en ce qui touche les propres. M. Réquier estime, au contraire, que la doctrine de M. Genty doit être repoussée d'une manière absolue; que le partage

conjonctif est toujours impossible, sans distinction des propres et des acquêts de communauté.

275. — Nous croyons, au contraire, que cette distinction doit être faite; tout en partageant le sentiment du savant magistrat relativement aux biens de la communauté, nous ne saurions nous y rendre en ce qui touche les propres.

Nous estimons avec M. Réquier que les principes qui régissent l'association conjugale résistent ouvertement au partage des biens de la communauté entre enfants de lits différents : ici, en effet, les droits des enfants ne sont pas fixés d'avance et d'une manière définitive comme le sont ceux des enfants communs. Que la mère, dont le droit de renonciation ne saurait être aliéné, renonce ou accepte, le sort de ces derniers n'en sera pas changé. Tous héritiers du père et de la mère, et dans des proportions qui sont les mêmes, rien de ce qui compose la communauté ne saurait leur échapper : ce qu'ils ne recueilleraient pas du chef de leur mère renonçante, ils le conserveront comme leur provenant de la succession paternelle.

Bien différente est la situation quand il y a des enfants de plusieurs lits : les parts des uns et des autres demeurent, en ce cas, absolument subordonnées au parti que prendront la femme ou ses enfants à la dissolution de la communauté. S'ils acceptent, les parts de chacun resteront ce qu'on avait d'abord été autorisé à supposer. Renoncent-ils, au contraire, la part des enfants du mari sera grossie de tout ce qui aurait été fort mal à propos attribué à ceux de la femme.

Tout est donc forcément incertain tant que la communauté ne sera pas dissoute. Or, comme la femme ne saurait renoncer par avance à son droit d'option, que tout acte qui emporterait de sa part acceptation de la communauté est destitué de valeur, ne s'ensuit-il pas que tout partage de cette communauté est impossible tant que la quotité ou l'existence même du droit pour lequel chacun y doit figurer reste inconnue? Donc, tant que subsiste la communauté, le partage conjonctif des biens qui la composent est impossible entre enfants de lits différents.

On a déjà compris que ces premières considérations sont sans application aux biens qui ont nature de *propres* aux mains de chaque époux. Pour M. Réquier, il s'en présente d'un autre ordre et qui, pour lui, forment un obstacle également insurmontable au partage en question : elles tiennent à l'origine assignée par notre savant collègue au partage des art. 1075 et suivants. Ce partage ne reposant, d'après l'auteur, que sur le droit d'association ou de copropriété fictive existant entre les père et mère et leurs enfants, toute distribution dont la conséquence pourrait être d'attribuer aux copartagés des biens provenant de celui des deux époux auquel ne les rattache aucun lien de consanguinité doit être réputée impossible. Or, c'est ce qui ne manquerait pas d'arriver si, pour éviter des morcellements, les époux convenaient de réunir leurs biens particuliers en une masse commune pour les partager ensuite entre les enfants issus à chacun d'eux de précédents mariages. Il est évident, poursuit l'au-

teur, que les enfants de l'un des époux, n'étant pour le conjoint de celui-ci que des étrangers non successibles, sont sans aucune espèce de droit à l'hérédité de ce conjoint, et réciproquement. Où serait donc leur titre pour figurer au partage de ce conjoint, et prendre part à la distribution de ses biens?

Nous ne ferons pas au système le reproche de manquer de logique ; nous lui reprocherions plutôt d'en exagérer les conséquences, ou d'en faire une fausse application. Mais il a un premier tort à nos yeux : c'est de procéder par pétition de principe.

Nous sommes loin de concéder, en effet, que le partage d'ascendant n'ait pour fondement, dans notre droit moderne, que la fiction sur laquelle le fait reposer notre savant contradicteur. Nous nous sommes efforcé d'établir le contraire (V. *sup.*, n°s 125 et 126); admissions-nous le principe que nous repousserions encore la conséquence.

Il se pourra sans doute que, par le résultat de la distribution, on trouve au lot de l'un des enfants de la mère portion de biens provenant de l'estoc paternel, *et vice versa;* mais serait-ce qu'en échange, cet enfant n'a pas cédé ou perdu portion des biens maternels qui, sans cette nécessité de mutuelles concessions dans un intérêt commun, auraient accédé à la part à lui attribuée? Où trouver dans la loi cette interdiction pour les parents, à qui la loi concède la faculté précieuse de faire, de leur vivant, entre leurs enfants une division qu'ils auraient à faire après leur mort, de procéder à ces compensations qui n'auront pour ré-

sultat définitif que le plus grand avantage de tous?

On nous concédera bien que si tous les enfants étaient majeurs et maîtres de leurs droits, rien ne s'opposerait à ces échanges et à ces arrangements. Serait-ce que le père de famille ne trouverait pas dans la belle prérogative dont l'ont investi les art. 1075 et suivants, sous les garanties formulées par les art. 1078 et 1079, le pouvoir de suppléer à celui qui pourrait manquer ici à la minorité?

Nous comprendrions ces scrupules chez un autre que M. Réquier. Mais sont-ils bien d'accord, chez le savant magistrat, avec l'opinion qui repousse toute application des art. 826, 827 et 832 de notre Code au partage par attribution? Il est permis d'en douter. Il n'est aucune des considérations invoquées par notre savant collègue pour écarter cette application qui ne trouve ici sa place. Si l'ascendant puise dans le droit qu'il tient des art. 1075 et suivants la faculté, non-seulement de s'affranchir, dans la composition des lots, de l'obligation de placer dans chacun d'eux des objets de même nature pour le plus grand avantage de tous, mais encore d'attribuer, contrairement aux règles de la licitation, à l'un des descendants un immeuble jugé impartageable, à charge *de fournir de ses deniers personnels* de quoi composer les lots des copartageants, comment lui refuser, au nom des mêmes intérêts, la faculté de confondre ses biens propres avec ceux de son conjoint pour les attribuer ensuite, d'un commun accord, à leurs enfants issus de précédents mariages, au risque de faire parvenir à quelques-uns de ces enfants des

biens d'une provenance autre que celle indiquée par la loi du sang ?

Sans partager complétement toutes les appréciations de M. Réquier, en ce qui touche l'inapplication à notre matière des art. 826 et suivants du Code civil, nous estimons, par les autres considérations précédemment déduites, que rien ne s'oppose au partage conjonctif des propres de communauté entre les enfants issus aux conjoints donateurs d'unions précédentes.

276. — Il arrive fréquemment que des père et mère, en faisant conjointement le partage de leurs biens entre leurs enfants, s'en réservent l'usufruit avec clause de *réversibilité* sur la tête du survivant. La jurisprudence a eu à s'expliquer sur la valeur de pareille clause.

Des Cours n'y ont vu qu'une stipulation permise, ne constituant qu'une simple charge de la donation (Poitiers, 10 juin 1851, 20 fév. 1861; Nîmes, 16 déc. 1865; Douai, 13 fév. 1866; Dall., LIII, II, 11; LXI, II, 93; LXVI, V, 332; Devil., LXVI, II, 216). Une autre, mieux inspirée suivant nous, celle d'Amiens (10 nov. 1853; Dall., LIV, II, 92), et la chambre des requêtes après elle (26 mars 1855; Dall., LV, I, 63), y ont aperçu une véritable donation mutuelle faite par le même acte et tombant sous la prohibition de l'art. 1097 du Code civil.

277. — L'ascendant a perdu la propriété des biens dont il a précédemment disposé par donation entre vifs en faveur de ses enfants et descendants. Serait-ce à dire qu'il ne pourra jamais comprendre ces biens-là

dans la masse de ceux qu'il se propose de leur partager ? La question se résout au moyen d'une distinction.

Si les biens donnés ont fait l'objet d'un préciput, l'aliénation n'en est pas seulement irrévocable, elle est définitive, et rien n'y saurait porter atteinte. Ces biens ne pourraient rentrer dans la masse partageable que du plein et entier consentement de l'enfant avantagé, acceptant librement et en connaissance de cause le retour à l'égalité entre ses frère et lui. Sa nouvelle condition se trouverait réglée, en ce cas, par sa propre volonté, sans préjudice des droits des tiers, toujours libres d'intervenir pour la sauvegarde de leurs intérêts personnels (865).

Hors de ce cas particulier, qui n'est guère à prévoir, le droit incommutable résultant pour le donataire de la libéralité faite à son profit ne saurait être ébranlé (Cass., 12 avr. 1831 ; Devil., XXXII, I, 839 ; Dall., v[is] *Disp. ent. vifs et testament.*, n° 4456). Le partage qui, au mépris de ce droit, comprendrait les biens donnés serait non avenu relativement au donataire, qui devrait se borner à en retenir la possession, sans se préoccuper de poursuivre une nullité dont il n'a pas besoin, le partage émané *a non domino* étant pour lui *res inter alios acta.* La seule action qui lui compéterait serait l'action en revendication prenant sa source dans le droit de propriété qui, chez lui, est demeuré sauf.

La donation, au contraire, n'avait-elle eu lieu qu'à charge de rapport, les choses se passent autrement :

tout irrévocable que soit cette donation, le donateur n'en aura pas moins la faculté, l'obligation même, si c'est le partage de l'universalité de ses biens héréditaires qu'il veut faire, et non pas seulement un partage partiel, de comprendre les biens donnés dans ses allotissements. Comment en pourrait-il être autrement? n'est-ce pas à la place de ses héritiers qu'agit l'ascendant? n'est-ce pas le partage qu'après lui ceux-ci auraient à faire qu'il entend prévenir? Les biens donnés, qu'à sa mort les donataires seraient tenus de rapporter à la masse pour entrer en partage avec les autres valeurs héréditaires, devront donc être également compris par l'ascendant dans son partage, sous peine de rester en deçà du but.

278. — S'agit-il d'un partage testamentaire, œuvre de l'ascendant seul, rien ne pourra s'opposer à ce qu'il en soit ainsi. L'effet de ce partage ne devant se réaliser qu'au décès de l'ascendant, les biens donnés en avancement d'hoirie resteront aux mains des donataires jusqu'à ce moment, et rien ne sera changé à leur situation. Au décès, ils auraient été tenus de rapporter pour les besoins d'un partage à faire; à cette même époque, ils rapporteront en exécution d'un partage déjà fait. En quoi le principe de l'irrévocabilité de la donation aurait-il plus à souffrir dans un cas que dans l'autre?

Ce principe aura été si peu méconnu, qu'à cette heure du décès, rien n'obligera les donataires à effectuer ce rapport. Ils conserveront le moyen de s'y soustraire en renonçant à la succession, ni plus ni

moins que si les choses avaient été abandonnées à leur cours naturel (845). Ce résultat se verra même fréquemment, si l'ascendant ne s'attache pas à placer le bien donné dans le lot du donataire pour qui il peut avoir acquis une valeur d'affection.

En présence de données aussi simples, on a peine à comprendre qu'il ait été nécessaire de recourir à la Cour suprême pour avoir le dernier mot d'une difficulté ne tenant manifestement qu'à une fausse entente du principe de l'irrévocabilité de la donation qui n'est vraiment point engagé dans la question (req., 9 juil. 1840; Dall., XL, I, 244). Il résulte bien clairement, en effet, de ce qui précède que c'est une erreur de prétendre qu'en comprenant dans son partage les choses qu'il avait précédemment données, l'ascendant fait acte de disposition sur ces choses. Ce n'est point du partage, en effet, que naît l'obligation du rapport : il se borne à en régler les conséquences. Ainsi tombe l'argument tiré de l'art. 1021, qui annule le legs de la chose d'autrui.

Est-ce d'un partage entre vifs qu'il s'agit, le droit de l'ascendant n'est pas différent. Seulement, comme il ne peut plus agir seul, qu'on se trouve en présence d'un contrat dont l'effet est actuel, et que rien ne saurait obliger le donataire antérieur par avancement d'hoirie à réaliser le rapport avant le décès du donateur, il s'ensuit que l'opération reste subordonnée au concours et au consentement du donataire, parfaitement libre de renoncer au bénéfice du terme résultant de la nature même de son titre.

279. — Mais ce qu'il importe de noter, c'est que, ici encore, la concession du donataire ne saurait être une cause de préjudice pour les tiers qui auraient acquis des droits sur les biens donnés, et qui ont dû s'attendre à les conserver jusqu'au décès de l'ascendant (865). Celui-ci agira donc sagement à l'effet de prévenir tout sujet de plainte de la part des créanciers, et autres ayant-cause, en laissant aux mains de l'enfant donataire le bien même qui avait fait l'objet de sa donation. Dans le cas contraire, ce bien passerait directement des mains du donataire primitif en celles du cohéritier à qui l'aurait attribué le résultat du partage; mais il n'y passerait que grevé, jusqu'au décès de l'ascendant, des droits réels concédés par le premier donataire. Celui-ci n'ayant pu, par son fait personnel — le consentement donné au partage — amener la résolution immédiate de la donation et des conséquences qu'il lui a fait produire, la règle *resoluto jure dantis*... restera sans application.

280. — Nous en avons fini avec les biens que peut ou ne peut pas embrasser le partage d'ascendant. Il nous reste à savoir comment s'en doit opérer la répartition entre les copartagés.

Nous savons déjà que cette répartition a pour base essentielle la mesure du droit de chacun des appelés; que, conséquemment, le partage se doit faire par souche si ceux-ci ne viennent que par représentation; qu'il se doit opérer par tête, au contraire, si tous appartiennent au même degré. (Comp. nº 177.)

281. — Ce qui n'est pas moins manifeste, c'est que

le lot de chaque copartagé doit être en rapport avec la nature de son droit héréditaire. Rien ne pourrait donc forcer l'un des enfants à se contenter d'un simple usufruit, quand son droit de copropriété dans les biens distribués lui assigne, comme à ses frères, une portion de ces biens en pleine propriété : c'est ce qu'a décidé la chambre des requêtes, le 25 février 1856 (Dall., LVI, I, 113).

282. — Ce qu'on ne saurait contester non plus, c'est l'obligation pour l'ascendant d'attribuer à chacun une part *en nature* des biens qui composent son patrimoine. Ce serait méconnaître l'esprit de l'art. 1075 en effet, et se placer en dehors de sa disposition, permettant à l'ascendant le *partage* et la *distribution de ses biens*, que d'attribuer la totalité de ce patrimoine à l'un avec obligation de solder aux autres une somme équivalente à la part qui devait leur revenir. Pareil acte n'aurait aucun des caractères du partage. On n'y pourrait voir, d'un côté, qu'une donation universelle avec charges; de l'autre, que la substitution d'une créance à un droit successoral, d'un droit personnel à un droit réel. Nous verrons plus tard quelle serait la valeur de pareil arrangement, dans le cas où l'hérédité serait réputée impartageable (nº 296). Là ne sont pas les difficultés les plus sérieuses. Voici où elles commencent :

283. — Entre-t-il dans les obligations du père de famille de se conformer dans ses allotissements aux dispositions des art. 826 et 832 du Code civil? est-il tenu, comme en partage ordinaire, de faire, *autant que pos-*

sible, entrer dans la composition de chaque lot la même quantité de biens de même nature ?

284. — Grave question ! qui, à raison même de son importance et des grands intérêts qui s'y rattachent, a eu le privilége de passionner le débat auquel elle a donné lieu.

La Cour régulatrice s'est prononcée pour l'affirmative par une série non interrompue de décisions. Elle n'a pas ramené les dissidents : désespérant de vaincre sur le terrain juridique, ceux-ci ont fait cause commune avec les économistes, et, tous ensemble, ils en appellent au législateur. On peut donc considérer comme prochaine l'heure où toutes dissidences devront s'effacer devant une loi nouvelle.

Ne semble-t-il pas dès lors qu'au point où en est arrivée la controverse ; qu'en présence du projet de réforme des textes qui lui ont donné naissance, il n'y ait plus pour l'interprète qu'à clore la discussion et à attendre le résultat de modifications devenues nécessaires ?

Sans aller aussi loin, on peut au moins conclure de cette situation, qu'à l'heure actuelle, il n'y a pas moins d'opportunité à envisager la question du point de vue spéculatif et des réformes proposées, que de celui de textes fort discrédités aujourd'hui par le projet de révision formulé pour la seconde fois devant le Corps législatif.

Nos explications auront ce double caractère : sans négliger le côté juridique de la question, elles contiendront nos appréciations au sujet des réformes proposées.

Posons bien la question : la loi reconnaît deux sortes de partages : le partage volontaire et le partage judiciaire. Libre de toute entrave, le premier « peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenable » (819); le second marche entouré d'un cortége de garanties légales, dans le but d'assurer la plus stricte égalité entre les copartageants (823 à 840). A laquelle de ces catégories se rattache le partage d'ascendant? permet-il au père, dans sa libre puissance, de s'affranchir des gênes imposées au partage judiciaire, à la seule condition de respecter celles résultant pour lui des seuls art. 1075 et suivants? N'est-ce, au contraire, que le partage réglementé par les art. 823 et suivants, en telle sorte qu'en y procédant, le père de famille se borne à l'office du juge?

285. — C'est à cette dernière idée que s'est arrêtée la Cour suprême : c'est celle qui se dégage des précédents, et que nous avons reproduite plus d'une fois dans le cours de nos explications.

Dès le 16 août 1826, la Cour régulatrice cassait un premier arrêt de la Cour de Grenoble, par ces motifs qu'en donnant aux père et mère et autres ascendants le droit de faire entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens, l'art. 1075 ni aucun autre, ne les ayant dispensés des règles qui tiennent *essentiellement* à la nature des partages, rien ne pourrait les en affranchir ; que, l'*égalité* entre les enfants étant la *principale de ces règles*, il est évident *qu'elle* serait violée si le père de famille qui possède plusieurs immeubles susceptibles de division pouvait

arbitrairement les attribuer à l'un ou plusieurs de ses fils, en n'assignant aux autres qu'une part en argent (Dall., XXVI, I, 454).

Attendu, répétait la Cour suprême pour motiver la nouvelle cassation d'un second arrêt de Grenoble, le 11 mai 1847, « que les partages d'ascendants ne sont pas affranchis des règles qui sont de *l'essence des partages* en général, et nommément de *celles que consacrent les art. 826 et 832 du Code civil;* que, dans le partage litigieux, ces règles *fondamentales* ont été méconnues..., casse » (Dall., XLVII, I, 167).

Attendu, lisons-nous encore dans le libellé de son nouvel arrêt du 18 décembre 1848, rendu en conformité des conclusions de M. l'avocat général Nicias Gaillard, « que la division des biens *en nature* entre tous ses héritiers proportionnellement à leurs droits respectifs est une des règles *fondamentales des partages* que consacrent les art. 826 et 832; qu'aucun texte n'y fait de dérogation pour le cas prévu par l'article 1075; que cette règle *essentielle* ayant été enfreinte..., casse » (Dall., XLIX, I, 17; — V. aussi *Civ. réj.*, 28 fév. 1855; Cass., 18 déc. 1855; Dall., LV, I, 81; LVI, I, 20).

Nouvelle identité de motifs dans deux arrêts de la chambre des requêtes des 11 août 1856 et 18 août 1859 : « Attendu que les partages d'ascendants sont soumis aux règles qui tiennent *essentiellement* à la nature des partages en général, et notamment à celle écrite dans les art. 826 et 832, » nous dit le premier. « Attendu, » répète le second, « que les partages de

l'art. 1075 ont, comme les partages ordinaires, l'*égalité pour base* et que ce principe entraîne *nécessairement*, dans ceux-là aussi bien que dans ceux-ci, l'application de l'art. 832; que l'arrêt attaqué constate que les immeubles pouvaient être partagés en nature..., rejette » (Dall., LVII, I, 21 ; LIX, I, 410 ; — V. aussi req., 12 avril 1831 ; Dall., XXXII, I, 128).

On le voit, la jurisprudence de la Cour est ferme, inébranlable ; elle casse impitoyablement les décisions qui lui sont contraires, et couvre de sa grave autorité celles qui lui sont conformes. La grande généralité des Cours d'appel s'y soumet aujourd'hui, et la majorité des auteurs n'y contredit pas. En nous y rendant aussi, nous faisons cependant nos réserves relativement aux motifs invoqués à son appui et au fond même de la doctrine.

286. — Nous ne saurions admettre, d'abord, que l'égale répartition des meubles et des immeubles exigée par les art. 826 et 832 du Code civil soit de *l'essence* des partages, qu'elle soit au nombre de ses règles *fondamentales*, et que, sans elle, ils soient privés de toute existence juridique.

M. Théodore Derome (Examen doctrinal, *Revue crit.*, t. XXVII, p. 385) n'a pas eu de peine à démontrer ce qu'il y a d'inexact ou d'exagéré dans cette appréciation de la Cour suprême. Si l'égalité, dans la répartition dont il est ici parlé, était de *l'essence même* des partages ; si, comme le dit la Cour, elle constituait une de ses règles *fondamentales*, il est d'évidence qu'elle s'imposerait à tous sans distinction, aux partages amiables

aussi bien qu'aux autres. On ne saurait aller jusque-là. Il le faudrait pourtant. Il faudrait, fait fort justement observer M. Derome, que, dans l'hypothèse où deux frères majeurs et maîtres de leurs droits auraient, d'un commun accord, fait entre eux le partage de la succession paternelle, attribuant un immeuble de 100,000 fr. à l'un et une somme de 100,000 fr. à l'autre, que celui-ci fût autorisé à en poursuivre la nullité. La reconnaissance de l'impossibilité de pareil résultat implique celle de l'exagération du principe qui le produit.

Nous devons cette concession à nos adversaires : la Cour est allée trop loin : l'identité d'éléments dans la composition des lots n'est pas de *l'essence* des partages.

287. — Mais il importe peu au soutènement de la thèse que la règle posée par les art. 826 et 832 soit ou non de *l'essence même* du partage ; elle est au moins de *la nature* de celui-ci, et c'en est assez pour que, dans le silence de l'art. 1075, son exclusion ne soit pas trop facilement présumée.

Mais pourquoi disputer plus longtemps sur ce terrain, nous tenir à ce premier point de vue dont l'exactitude peut être contestée. Nous plaçons ailleurs l'explication de l'art. 832 et la justification de son application au partage d'ascendant. Le droit de copropriété sur la chose à partager et sur chacune de ses parties se trouvant à la base de tout partage (nous ne parlons encore que du partage ordinaire), l'art. 832 ne saurait être que le reflet de cette donnée générale. Écoutons MM. Aubry et Rau sur ce point :

« Tout partage supposant un droit de copropriété sur les biens à partager, cette opération doit avoir lieu de manière à respecter, autant que le permet la nature des choses, le principe d'après lequel se règle l'étendue de ce droit. (Comp. 826.) C'est dans cette vue que l'article 832, tout en s'écartant de la rigueur de ce principe en ce qu'il n'exige pas que chaque lot comprenne une partie de chacun des objets à partager, ordonne cependant que les lots soient composés de telle façon qu'on retrouve dans tous une pareille quantité d'objets de même nature. Or, bien que l'ascendant qui veut faire entre ses descendants le partage de ses biens réunisse dans sa main tous les pouvoirs nécessaires pour y procéder, il ne peut cependant, dans l'exercice de cette faculté, se mettre au-dessus de la règle établie par l'art. 832, puisqu'elle tient à l'essence même — disons, pour plus d'exactitude, *à la nature* — du droit de copropriété » (t. VI, p. 221, note 1). On ne saurait mieux dire. Dans l'acte qui n'attribue pas à chacun des ayant-droit sa part dans chaque nature de biens ne se rencontrent pas les éléments d'un partage ; on n'y saurait voir qu'un échange, et ce n'est pas ce que la loi permet à l'ascendant par son art. 1075.

Nous plaçons donc la règle générale de la matière dans l'art. 832 et ne voyons dans l'art. 819 que l'exception à cette règle.

En toute rigueur, chaque copartageant a droit à sa part en nature dans chacune des molécules de la chose soumise à division. Les art. 826 et 832 ont tempéré cette rigueur en réduisant le droit de chacun à une

part égale dans chaque catégorie d'objets à partager. L'égalité *de valeur* étant de l'essence du partage, l'égalité de *nature* ne s'impose ici que comme moyen de diminuer l'aléa, d'équilibrer les chances, et de se rapprocher le plus possible de l'égalité de valeur vers laquelle tendent les efforts du législateur, non moins que le désir des parties intéressées.

Rien ne s'oppose, sans doute, à ce que celles-ci, si elles sont majeures et maîtresses de leurs droits, ne transigent sur ce dernier point et ne renoncent à ces garanties d'égalité que, dans sa sollicitude, le législateur avait stipulées pour elles, et qu'elles ne sortent d'indivision par les voies et moyens qui leur conviennent le mieux. Elles pourraient tout abandonner: il est naturel qu'elles puissent renoncer à de simples garanties. Elles pourraient tout attribuer à l'un des héritiers, en le chargeant au profit des autres d'une soulte en argent. Ce ne serait qu'une vente qu'en ce cas les héritiers feraient de leurs droits héréditaires au profit de l'un d'eux. N'importe, leur volonté à cet égard ne connaît pas d'entraves. (Comp. 888, § 1.)

Est-ce là ce qu'a voulu le législateur dans les articles 1075 et suivants? a-t-il entendu investir le père de famille d'un pouvoir aussi grand et aussi redoutable? Nul ne le soutient (Comp. Réquier, n° 141). Nous prouverons que la discussion qui a préparé l'adoption des dispositions législatives dont il s'agit y répugne ouvertement. Dans tous les cas, une mention expresse aurait été nécessaire. Les précédents, ainsi que nous en avons déjà fait la remarque, l'exigeaient même.

impérieusement. (Comp. nº 43; V. aussi Auroux des Pommiers et Papon sur Bourbonnais, art. 216; Bretonnier sur Henry, t. II, liv. V, quest. 33; Ricard, *Donat.*, 3ᵉ part., ch. VIII, sect. x; Lebrun, *Success.*, liv. II, ch. II, sect. x.)

Dans le silence des textes, toute présomption de dérogation aux principes généraux de la matière est impossible. Le seul pouvoir que l'ascendant ait reçu de la loi est celui de faire le partage de ses biens entre ses enfants. Ce pouvoir n'a pu lui être conféré qu'avec obligation d'en observer les règles générales. La disposition de l'art. 832 étant au nombre de celles-ci, le législateur seul aurait pu l'en exonérer.

La question n'est pas encore de savoir si le législateur de 1804 aurait dû affranchir le père qui fait le partage de ses biens entre ses enfants de la gêne dont on se plaint. Nous concéderions qu'il eût été bon qu'il le fît, que la thèse adverse n'aurait rien à gagner à cette concession. L'a-t-il fait? voilà le problème à résoudre. Nous répondons négativement, parce que rien ne constate qu'il ait voulu enlever aux enfants allotis par l'attribution paternelle des garanties que le magistrat n'aurait pas le droit de lui ravir; qu'il ait entendu s'écarter, en cette matière, de la règle générale découlant de la nature même des choses et consignée dans l'art. 832.

288. — Cette preuve que nous cherchons vainement, on l'aperçoit dans les art. 1075 et suivants, lesquels formeraient *un ensemble complet*, se suffisant à soi-même sans le secours d'aucun emprunt au titre

Des Successions. Après avoir, par son art. 1075, posé, sans restriction aucune, le principe du partage d'ascendant, la loi, nous dit-on, soucieuse du maintien du principe d'égalité, donne à ce principe par ses articles 1078 et 1079 la seule sanction qui lui convienne, en exigeant, par le premier, la réparation de l'omission qui aurait été faite de l'un des intéressés; en prononçant, dans le second, la rescision pour cause de lésion. Dans ces limites, *les seules* qui leur soient imposées, les pouvoirs de l'ascendant ne connaîtraient pas d'entraves. On comprendrait difficilement, d'ailleurs, est-il ajouté, que, sans aucun lien entre eux, les art. 826 et 832 et les art. 1075 et suivants se puissent prêter un mutuel secours. Ils appartiennent à des titres différents. Dans l'un, la loi dispose à défaut du père de famille; dans l'autre, c'est le père de famille qui lui-même dicte sa volonté. Pareilles situations ne sauraient être confondues (Derome, *l. c.;* Réquier, nº 150).

Nous répondons que, dans nos appréciations, ces situations restent distinctes et séparées. Nous ne les confondons pas : nous nous bornons à compléter ce qui manque au règlement des intérêts de l'une par des raisons d'analogie, par des emprunts faits aux textes qui régissent l'autre. Est-ce que, dans l'une, la matière serait si différente de ce qu'elle est dans l'autre? est-ce que, dans les deux, il ne s'agit pas, au contraire, d'une seule et même chose, du partage de biens successoraux? En ne reproduisant que deux des dispositions de l'art. 887, les art. 1077 et 1079 auraient-ils donc exclu la troisième? en faudrait-il con-

clure que celle-ci pourra être impunément méconnue dans le partage d'ascendant, et qu'on ne saurait en demander la rescision *pour cause de violence ou de dol?* Nous n'hésitons nullement à enseigner le contraire (nos 540, 557). Serait-on mieux fondé à refuser au partage d'ascendant l'application des art. 888 et 891 ? On ne le saurait soutenir, et, sur ce point encore, notre doctrine n'est pas moins formelle qu'au sujet du précédent (nos 590, 592, 603, 613).

Si ces dernières observations sont fondées — ceux à qui nous répondons ici en reconnaissent eux-mêmes l'exactitude — (Réquier, nos 183, 217), il faut renoncer à dire que, sans relation avec le titre *Des Successions*, les six articles trop énigmatiques consacrés par notre Code au partage d'ascendant ont tout prévu et tout réglé ; que, se suffisant à eux-mêmes, ils n'ont à réclamer ni aide ni appui du dehors, et que tout emprunt au titre précédent leur doit être soigneusement interdit.

Soit; mais nulle parité à établir entre le renvoi aux articles du titre *Des Successions* dont il vient d'être parlé et le renvoi à l'art. 832. Parfaitement juste dans son application au partage judiciaire, exigeant le tirage des lots au sort, la règle consacrée par ce dernier article ne saurait compatir avec le partage d'attribution, où l'ascendant ne saurait avoir d'autre souci que de combiner sa répartition *de manière à rendre heureux chacun de ses enfants*. Au surplus, le législateur s'est, au sujet de la difficulté actuelle, exprimé d'une façon assez claire pour ne laisser aucun doute

sur sa pensée. Si de Bigot-Préameneu nous apprenons que l'exercice du pouvoir d'attribution confié à l'ascendant aurait pour effet « d'éviter des démembrements, de conserver à l'un des enfants l'habitation qui pourra servir d'asile commun..., de permettre de combiner et en même temps de réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de ses enfants », le tribun Jaubert nous avertit que le droit, pour les copartagés, de critiquer l'œuvre du père de famille se borne à deux cas seulement : celui où une erreur lui serait échappée, et celui où une injustice lui aurait été arrachée (Réquier, nº 145).

Il nous suffira, pour dissiper les illusions sur ce dernier point, de faire remarquer que c'est à l'occasion de la question de savoir s'il ne conviendrait point — tant on était loin de cette confiance absolue qui aurait permis de l'affranchir des règles du droit commun dans l'exercice de sa magistrature domestique — s'il ne conviendrait pas, disons-nous, d'interdire au père de famille la faculté d'avantager l'un de ses enfants dans son partage, que Bigot-Préameneu a fait entendre les paroles dont on argumente aujourd'hui.

Partisan du cumul, ce conseiller d'État en donnait cette raison, que le père de famille y trouverait le moyen « d'éviter des démembrements..., de *réparer les inégalités naturelles ou accidentelles*, de *combiner* et en même temps *réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de ses enfants.* »

L'attribution d'une part préciputaire se prête, en effet, à des combinaisons qu'il serait peut-être impossible de réaliser sans elle. L'assignation de *deux parts au lieu d'une seule* à celui des enfants dont la position lui paraîtra mériter sa préférence, à l'aîné, par exemple, qui se sera adonné à l'agriculture, tandis que ses frères auront cherché leurs moyens d'existence en dehors de la maison paternelle, permettra à l'auteur du partage d'assurer à celui-ci le manoir, *asile commun de la famille*, au foyer duquel le père et la mère se pourront réserver leur place.

Mais d'où procédera, dans la pensée de l'orateur, cette possibilité pour l'auteur du partage d'établir cette première combinaison, ou bien *de réparer* par un moyen analogue *les inégalités naturelles ou accidentelles ?* Elle lui viendra, ne le perdons pas de vue, non point de son *seul pouvoir de distribuer ses biens entre ses enfants*, mais *de la faculté pour lui d'y joindre des dispositions préciputaires*.

Quant au tribun Jaubert, il ne s'est pas énoncé d'une manière plus restrictive que ne le fait la loi elle-même; il n'a pas dit, ainsi que le prétend à tort M. Réquier, qu'il ne serait permis QUE DANS DEUX CAS *de critiquer la répartition du père de famille*. Voici le texte : « Néanmoins, si une *erreur* était échappée à l'ascendant, ou si une *injustice* lui était arrachée, le partage pourrait être attaqué. On *ne peut prévoir que deux cas :* ou le père n'a fait qu'un partage, ou il y a ajouté une disposition par préciput. Dans le premier, l'acte ne pourra être attaqué que pour cause de lésion de plus du quart;

dans le second, il pourra l'être toutes les fois que le père aura été au-delà de son droit de disposer. » Ces paroles n'ont évidemment d'application qu'aux deux cas de *rescision* prévus par l'art. 1079, fondée sur l'*erreur*, dans le premier, sur l'*injustice*, dans le second. Existerait-il donc l'ombre d'une analogie entre ces hypothèses et celle sur laquelle nous disputons en ce moment? Ce n'est pas de *rescision* qu'il s'agit au cas d'inobservation de la règle générale posée par l'art. 832, mais d'une véritable *nullité*.

Ici se place une réflexion : la loi se montre si peu disposée à excéder en faveur de l'ascendant les pouvoirs du juge, que, par son art. 1079, deuxième alinéa, elle lui impose une restriction que ne connaît pas l'action de la justice.

Ainsi se réfute la seconde partie de l'objection précédemment formulée. Voici maintenant comment nous répondons à la première :

Soumis à l'application de l'art. 832, le partage d'ascendant ne sera pas, pour cela, réduit à tous les inconvénients d'un tirage au sort. La distribution des immeubles, aussi bien que celle des valeurs mobilières ou industrielles, suivant les bases prescrites par l'art. 832, n'exclut pas jusqu'à la possibilité pour l'ascendant de se montrer prévoyant et affectueux en tenant compte des convenances ou des aptitudes des copartagés et des intérêts généraux de la famille. (V. req., 26 mars 1845, 7 août 1860; Dall., XLVI, I, 374; LX, I, 498) Il ne le pourra, sans doute, que dans une moindre mesure que s'il était affranchi de toutes gênes à cet égard; mais de

cette restriction à la conclusion que le législateur a permis cet affranchissement il y a loin.

C'est admettre *a priori* l'idée de la perfection dans la loi, ou de ce qu'on considérerait en elle comme méritant ce nom. Mais peut-être aussi y pourrait-on apercevoir l'oubli de cet adage vulgaire, mais plein de sens, que souvent *le mieux est l'ennemi du bien.* Comme vous, nous croyons à la perfectibilité des lois, à la possibilité d'y introduire des améliorations. Sollicitez du législateur celles dont vous faites si bien ressortir les avantages, nous applaudirons à vos efforts; mais, en attendant, ne prenez pas l'objet de vos aspirations pour la réalité.

289. — Cette partie de l'œuvre des rédacteurs de nos Codes ne saurait mériter, d'ailleurs, tous les reproches que, dans ces derniers temps, on a multipliés contre elle.

Si l'on tenait compte de la différence des temps et des accroissements considérables de notre fortune mobilière depuis 1804, on serait beaucoup moins sévère dans le jugement qu'on en porte. D'un autre côté, les rédacteurs du Code n'ont-ils pas été autorisés à voir certain danger dans le maintien d'un partage dans lequel la division en nature, quoique possible *et commode*, aurait été évitée, sous le prétexte que l'ascendant n'a fait que se conformer à *l'intérêt bien entendu* de ses enfants? Ne se pourrait-il pas que ce prétexte de convenances réciproques servît à voiler une composition de lots portant manifestement atteinte à l'égalité dont le maintien ne saurait êtr

surveillé ? Le contrôle des tribunaux ne s'obtient pas sans frais, et pourrait n'être pas toujours d'une efficacité suffisante, le sort du partage demeurant subordonné à l'appréciation, souvent bien délicate, du point de savoir si son auteur a bien ou mal compris l'intérêt des copartagés.

290. — Tenons donc pour certain que le partage d'ascendant n'échappe pas plus que le partage judiciaire à la règle édictée par l'art. 832, suivant laquelle chaque lot doit être composé de manière à comprendre, autant que possible, la même quantité d'immeubles et de meubles de même nature.

291.— Cette conclusion n'a pourtant rien d'absolu. Pour nous, elle reste soumise à une distinction entre le partage testamentaire et celui qui revêt la forme de la donation entre vifs. Applicable au premier, qui est l'œuvre d'un seul, elle ne saurait l'être au second, auquel ont concouru les copartageants et qui n'a pu se réaliser qu'au moyen du consentement qu'ils y ont fourni, ou de l'acceptation qu'ils en ont faite.

Ici commence notre dissidence avec la Cour suprême. Nous n'avons point à nous dissimuler, en effet, que plusieurs des arrêts par lesquels elle a proclamé la nécessité de l'égalité de nature ont été rendus à l'occasion de partages entre vifs. Mais une remarque non moins importante à consigner ici, c'est qu'à l'exception de celui du 18 août 1859, aucun de ces arrêts ne s'est occupé de l'objection que nous déduisons de l'acceptation des descendants.

D'où s'induiraient donc les raisons si graves devant

lesquelles devrait fléchir ici le principe proclamé par l'art. 1135, que « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ? »

De là défense de pactiser sur succession future ?— C'est impossible ! ce serait perdre de vue qu'en autorisant le partage par donation entre vifs, c'est-à-dire par convention, l'art. 1075 autorise exceptionnellement ce genre de pacte, à l'exemple des art. 761, 918 et 1082.

De la crainte révérentielle, dites-vous, le défaut d'indépendance des descendants portant ici une cause de vice de leur consentement !— Comment ne pas voir que c'est introduire arbitrairement, en cette matière, une exception au principe de l'art. 1114 ! Vous argumentez de l'influence de l'ascendant ; vous craignez que les descendants aient manqué de liberté, que la crainte de voir leur père ou mère faire à leurs frères ou sœurs les avantages permis les ait portés à l'acceptation de mauvaises conditions. A quel genre de contrat du père aux enfants ne s'appliqueront pas vos appréhensions ! L'objection va trop loin pour qu'il y ait lieu de s'y arrêter. Elle ne conduit à rien moins qu'à la nullité de toute convention d'une personne à ses successibles, à l'anéantissement même de l'art. 1114. Vous convenez que l'influence du respect filial ne saurait infirmer l'acte en tant que donation pure ; vous doutez si peu de la perfection de celle-ci, que vous obligez les donataires au paiement des prestations qui leur ont été imposées vis-à-vis de l'ascendant donateur. Vous n'hésitez pas davantage à reconnaître qu'en cas

d'infraction à cette obligation, le contrat ne pourra tomber que devant une action en résolution pour inexécution des conditions ou des charges, et vous voulez qu'à la mort de l'ascendant donateur, les descendants se puissent impunément délier de leur acceptation! Serait-ce que le législateur n'a pas fait du partage entre vifs une convention véritable, aussi bien dans les rapports des descendants entre eux que dans ceux de l'ascendant aux descendants ?

MM. Aubry et Rau, qui avaient d'abord adopté notre distinction, dont l'initiative appartient à MM. Duranton et Poujol, que maintiennent formellement MM. Genty (p. 147) et Colmet de Santerre (*l. c.*, n° 243, 17), pour laquelle ont également pris parti M. Hean (*Revue prat.*, t. V, p. 166, et t. VIII, p. 356) et M. Arntz (*Journal du Palais*, 1853, t. I, p. 19), MM. Aubry et Rau, qui avaient d'abord adopté notre distinction, l'ont rétractée dans leur troisième édition. « Ce n'est pas, nous disent ces savants professeurs, que nous trouvions complétement concluante la considération tirée de la crainte de mécontenter l'ascendant donateur. La raison de droit qui nous a décidés est celle-ci : en acceptant le partage fait sous forme de donation, les donataires se lient bien vis-à-vis du donateur...; mais *on ne saurait inférer de cette acceptation une renonciation réciproque*, DE LA PART DES DONATAIRES, *au droit d'attaquer le partage comme tel.* »

Pourquoi non? Si l'acte contient une donation, il contient aussi un partage. Or, n'est-ce pas dans son ensemble et dans son double caractère que les des-

cendants y donnent leur acceptation ? Comment échapperaient-ils donc aux conséquences que peut entraîner, dans leurs rapports respectifs, la qualité de copartagés, quand ils demeurent soumis à celles résultant de leur qualité de donataires, dans leurs rapports avec l'ascendant ? Si l'opération est double ; si, ainsi que nous croyons en avoir fourni la démonstration (n° 109), elle comprend simultanément une donation et un partage, est-ce qu'en s'obligeant tous ensemble vis-à-vis de l'ascendant donateur à respecter l'opération, en tant que donation, ils n'ont pas, du même coup, contracté, *les uns vis-à-vis des autres*, l'engagement de la respecter également, en tant que partage ?

Supposons le cas où l'ascendant commence par une donation collective ; il s'en tient là, puis ensuite, et sans sa participation, les donataires procèdent entre eux au partage des biens donnés. Il est bien certain que, dans cette première hypothèse, aucun des copartagés ne pourra tirer grief de l'inobservation de l'art. 832.

Ils sont tous liés par leur consentement. Autre, en effet, l'inégalité *de valeur*, autre l'inégalité *de nature*. S'il y a lésion *de plus du quart*, l'acceptation des opérations du partage ne fera pas obstacle à la recevabilité de l'action en rescision. L'inégalité ne porte-t-elle que sur les éléments de composition des lots, il en est autrement, à moins que de cette différence dans la nature des attributions ne résulte une inégalité de valeur de plus du quart.

Pourquoi en serait-il autrement quand, au lieu de

se faire par deux actes distincts, l'opération s'est consommée par un seul? Est-ce qu'en contractant avec l'ascendant, les descendants ne contractent pas également entre eux, dans l'une aussi bien que dans l'autre des deux hypothèses? Si ce n'est pas encore à un partage *de succession* qu'ils donnent leur acceptation, c'est au moins à un partage de biens qui ont une communauté d'origine qu'ils concourent, et les conséquences sont les mêmes, car les règles de l'une ne diffèrent pas de celles de l'autre.

292. — Sous la plume de M. Demolombe nous comprenons la dissidence. Déniant au partage par acte entre vifs le double caractère que nous lui assignons, n'y voyant qu'une donation dans le présent et la simple éventualité d'un partage dans l'avenir, d'un partage subordonné à la qualité que prendront les descendants donataires au décès de l'ascendant, le savant maître est assez logiquement conduit à borner les effets du consentement de ceux-ci à la donation, sans l'étendre à un partage qui pourra ne se réaliser jamais.

Cette dissidence se comprend moins aisément chez ceux qui, reconnaissant au partage entre vifs la double nature que nous lui assignons nous-même, ne trouvent, en dehors de la crainte révérentielle, aucune raison plausible de refuser au concours des descendants au partage en question l'effet résultant, dans les partages ordinaires, du silence des héritiers relativement à la composition des lots. Or, nous savons à quoi se réduit la valeur de cet argument tiré du respect

filial, le seul que la Cour suprême a eu à opposer à l'objection que nous faisons ici à sa doctrine.

On peut donc sans trop de témérité penser avec M. Colmet de Santerre (*l. c.*, à la note) que la jurisprudence n'a pas dit son dernier mot sur la question ainsi envisagée.

293. — Nous concluons que l'acceptation donnée par les descendants à la donation-partage fera produire à cet acte tous les effets des partages ordinaires entre personnes majeures et maîtresses de leurs droits.

Nous allons plus loin : si rien ne peut, dans les partages après décès, autoriser les personnes en état d'incapacité à renoncer aux formes protectrices du partage judiciaire, il en est autrement ici où l'acceptation faite au nom du mineur avec les formes légales produira le même effet que si elle était donnée par lui en majorité (463), sauf, bien entendu, le recours de celui-ci, s'il y a lieu, contre ceux qui avaient mission de le représenter.

294. — Nous avons supposé jusqu'à présent que les biens étaient exactement partageables en nature. C'est l'hypothèse la moins fréquente.

Il arrive le plus souvent, en effet, ou bien que le partage ne s'en peut opérer par portions absolument égales qu'au prix de certaines incommodités ou de dépréciations des lots, ou bien que ce partage est absolument impossible, parce que les immeubles qui en constituent les seuls éléments ne sont pas susceptibles de division, ou que ces immeubles ne sauraient,

pour la formation des lots, entrer en composition avec les valeurs mobilières. On se demande en ce cas si les art. 833 et 827, qui répondent à cette double situation pour les partages après décès, sont également applicables à notre matière.

Aucun doute n'est possible en ce qui touche l'article 833. Inséparable de celui qui le précède et dont il forme le complément, il sert à concilier les deux dispositions d'apparence contradictoire que renferme celui-ci. Si l'art. 832 oblige, en effet, à faire entrer, *autant que faire se peut*, les meubles et les immeubles dans chaque lot, il prescrit aussi *d'éviter le morcellement des héritages*. C'est à cette double recommandation que répond l'art. 833 : l'ascendant sera autorisé, ainsi que le serait le juge, « à compenser l'inégalité de nature par un retour soit en rente, soit en argent. »

Dans cette première hypothèse, n'admettant que des inégalités sans importance, motivées par la nécessité de prévenir la division des exploitations (832), il n'y a aucune distinction à faire entre le partage entre vifs et celui qui revêt la forme testamentaire. Il en est autrement dans la seconde, celle où le partage en nature est impossible.

295. — Les considérations qui nous ont porté à refuser aux copartagés le droit de se prévaloir de l'inobservation des prescriptions de l'art. 832 dans le partage entre vifs ne sauraient ne pas s'appliquer également à l'inaccomplissement de celles de l'art. 827.

L'ascendant pourra donc, *du consentement de ses descendants* stipulant au partage par acte entre vifs,

attribuer à l'un d'eux l'universalité de ses immeubles, en ne réservant aux autres que ses valeurs mobilières, soit même en obligeant cet enfant privilégié à payer à ses frères, de ses deniers personnels à défaut de ces valeurs, les sommes représentatives des parts auxquelles ils ont droit.

S'agit-il d'un partage testamentaire, la solution change. Nous ne saurions admettre, en effet, qu'il soit loisible à l'ascendant de s'affranchir de la disposition de l'art. 827 quand il est obligé de se courber sous le joug de celle de l'art. 832.

296. — Par une sorte de contradiction que nous avons peine à comprendre, la Cour de cassation en décide autrement (civ. rejet, 9 juin 1857; Dall., LVII, I, 294; V. aussi req., 7 août 1860; civ. rejet, 23 mars 1869; Dall., LX, I, 499; LXIX, I, 333, et les nombreux arrêts cités sous le nº 285, qui tous ont réservé le cas où l'inobservation de l'art. 832 aurait sa cause dans l'impossibilité du partage en nature). La question n'a été décidée en termes exprès que par les arrêts des 9 juin 1857 et 7 août 1860. Mais tous ceux rendus à l'occasion de l'inobservation de l'art. 832 l'ont résolue implicitement. Peut-être conviendrait-il de faire remarquer avec M. Dalloz que le pourvoi sur lequel a statué l'arrêt du 7 août ne demandait pas la licitation; qu'il se bornait à contester, ce qu'avait admis l'arrêt attaqué, que les biens étaient impartageables.

Où la Cour régulatrice, demanderons-nous avec tout le respect qui lui est dû, puise-t-elle le motif de déroger ici au principe de l'art. 826 quand elle prescrit

d'une manière rigoureuse la soumission aux prescriptions de l'art. 832, ne contenant qu'une application de ce principe, dont l'art. 827 nous offre une autre? Comment justifier un choix entre deux dispositions analogues et procédant d'une même source : le principe d'égalité? Le respect de ce principe nous interdit de placer dans un lot une plus grande somme de valeurs immobilières que dans l'autre quand la division s'en peut faire en nature, et voici que, parce que cette division ne se peut opérer commodément, nous serions autorisés à les attribuer en totalité à celui qui, dans l'hypothèse contraire, n'en aurait pu recevoir qu'une partie; que nous pourrions suppléer à une licitation devenue nécessaire par un acte équivalent, par l'attribution à un seul de l'universalité des immeubles, en allotissant les autres avec des valeurs mobilières, par l'adjudication même de ces immeubles à cet unique enfant, à charge de désintéresser ses cohéritiers avec ses deniers personnels!

La règle qui prescrit la licitation quand les immeubles ne sont pas commodément partageables serait-elle donc d'une autre nature que celle qui enjoint de les partager *in specie* quand la division en est possible? Est-ce qu'en permettant à chacun des copartageants, soit de les obtenir lui-même, s'il peut ou y veut mettre le prix, soit de les faire payer à celui qui voudra les avoir un prix plus élevé que celui arbitré par le père de famille, la licitation n'a pas pour but et pour résultat le maintien (autant qu'il est possible d'y pourvoir) de l'égalité entre les ayant-droit?

Si ces deux règles sont identiques, si elles procèdent d'une même source, comment admettre que pour l'ascendant elles ne soient pas obligatoires au même degré ! « La licitation, dit avec raison M. Genty, forme pour les héritiers, dans le cas où la loi l'ordonne, un droit aussi plein, aussi complet, que le droit d'obtenir dans les autres cas une part en nature. Il ne serait pas plus permis aux tribunaux de porter atteinte à l'un qu'il ne leur est permis de porter atteinte à l'autre ; car la loi n'a pas distingué, et ce qui n'est pas permis aux tribunaux ne l'est pas davantage aux ascendants, lors du moins que la loi n'en a pas décidé autrement. »

Où se puiserait, demanderons-nous encore, le motif de faire un choix entre des dispositions de même ordre, de s'affranchir des prescriptions de l'art. 827 en se soumettant à celles de l'art. 832 ?

Dans cette considération, nous est-il répondu, qu'en « accordant à l'ascendant le droit de faire, par lui-même et à lui seul, *le partage de ses biens* entre ses descendants, la loi lui a, *par cela même*, *implicitement conféré tous les pouvoirs nécessaires pour l'opérer*, et notamment *celui d'y procéder par une voie analogue à celle de la licitation*, lorsque les objets à partager ne sont pas commodément partageables (art. 827). » (MM. Aubry et Rau, VI, p. 224, note.)

Nous entendons : Qui veut la fin veut les moyens ! La faculté conférée à l'ascendant de faire *le partage* de ses biens entre ses enfants n'est-elle donc pas renfermée dans la mesure du possible ? serait-il donc

permis à celui-ci d'excéder les limites de la légalité? Il arrive bien souvent, a dit excellemment M. Genty, que des obstacles de fait s'opposent à l'exercice d'un droit sans que pour cela on soit autorisé à violer les règles.

On ne saurait admettre, de la part de nos contradicteurs, qu'il se puisse trouver une hypothèse où la voie du partage soit fermée au père de famille. C'est pour la prévenir qu'on se croit autorisé à écarter l'application de l'art. 827, tout en maintenant celle de l'article 832, celle-ci n'ayant rien d'incompatible avec l'exercice de la faculté concédée par l'art. 1075, tandis que celle-là le rendrait *tout à fait* impossible (Demol., XXIII, 204).

Nous répondons que, dans notre système, il n'y a de fermée que la voie du partage *testamentaire;* que celle du partage entre vifs reste ouverte; que l'espèce d'impasse d'où MM. Aubry et Rau et Demolombe cherchent à sortir n'est, en partie au moins, que la conséquence de l'opinion professée par ces savants auteurs au sujet des effets du concours des descendants au partage par acte entre vifs de l'ascendant. Mais il en serait ainsi, qu'il n'y aurait rien à en conclure dans l'intérêt de la thèse que nous combattons. La communauté, avons-nous vu précédemment (nos 265 et 266), ne pouvant — à une exception près — se liquider du vivant des époux, la faculté d'en comprendre les biens dans un partage d'ascendant n'existe dans toute sa plénitude que pour le parent survivant. Pareil inconvénient ne saurait, avons-nous vu, légitimer la mécon-

naissance des règles de la matière et autoriser à passer outre. Ainsi en est-il de l'obstacle que rencontre ici l'exercice du droit conféré au père de famille.

297. — Les considérations invoquées jusqu'à présent à l'appui de notre solution s'appliquent indistinctement au cas où l'attribution de l'immeuble impartageable à l'un des enfants a pour équivalent, aux mains des frères de celui-ci, des objets mobiliers ou de l'argent comptant *dépendant du patrimoine* de l'ascendant, et à celui où, en l'absence de ces valeurs, les allotissements des cohéritiers ne consistent qu'en sommes payées par leur frère de ses deniers personnels. Les deux situations ne sauraient cependant être entièrement confondues dans la discussion. M. Demolombe confesse ce qu'a de gênant pour sa logique l'application de sa solution à la seconde.

Chaque enfant, en effet, a droit à une part en biens héréditaires, et voici que dans les lots du plus grand nombre il n'y a pas plus de valeurs héréditaires qu'il n'y a de partage dans l'acte qui les investit. Cet acte, c'est une vente du père à l'un de ses fils. Ce que reçoivent les frères de celui-ci, c'est de l'argent tiré de sa bourse personnelle.

Comme nous sommes déjà loin des règles les plus intimes de la matière! absence complète de partage et d'allotissement réguliers. Et cet autre enfant! « Sa position, reconnaît lui-même M. Demolombe, peut être bien plus critique encore : le voilà acheteur, malgré lui, d'un immeuble dont l'importance dépasse peut-être ses ressources pécuniaires ! » Oui, acheteur

malgré lui, contrairement à la disposition de l'art. 1686 du Code civil ; est-ce possible ?

Toullier, poursuit M. Demolombe, hésitait et se demandait « si l'enfant auquel l'immeuble a été attribué ne pourrait pas l'abandonner pour être vendu et licité. » L'hésitation pour nous n'est pas possible : c'est l'affirmation que commande l'article de loi que nous venons de rappeler.

Mais, si tel est le droit de ce premier enfant, comment refuser aux autres celui « de provoquer une licitation dont l'événement fera connaître la valeur de l'immeuble et s'il y a lésion dans le partage du père de famille? » (Toul., III, 806). Envisagée à ce point de vue particulier, notre solution est forcée.

Nous remarquerons avec M. Colmet de Santerre, que les arrêts ont négligé ce côté de la difficulté, parce qu'ils ont été rendus dans des espèces où l'estimation était favorable à l'héritier qui recevait l'immeuble, et sur l'action de ceux qui étaient réduits à une part en argent. Nous ne doutons pas plus que le savant professeur que, le cas échéant, les tribunaux hésiteraient à considérer comme inattaquable un prétendu partage qui ferait d'un des héritiers un acheteur malgré lui.

Dans notre première hypothèse, celle où l'attribution des biens impartageables à l'un des descendants trouve son équivalent chez les autres dans des valeurs mobilières de l'hérédité, M. Demolombe n'aperçoit qu'une application de l'art. 832, ne commandant l'égale répartition des biens de même nature *qu'autant qu'elle*

est possible. « S'il était arrivé, nous dit le savant auteur, qu'un père ayant un immeuble de 100,000 fr. et des biens meubles d'une valeur égale, eût attribué à l'un de ses enfants l'immeuble, et à l'autre les meubles, et que, pour attaquer ce partage, on nous opposât l'art. 827, c'est par l'art. 832 que nous répondrions pour le défendre. »

298.—Nous en demandons pardon au savant maître: nous interprétons autrement l'art. 832 dans sa combinaison avec l'art. 833.

Cet article n'a manifestement en vue que l'hypothèse où les biens sont susceptibles de division. Il veut que, dans *le partage qui s'en fait*, on évite, autant que possible, le morcellement des héritages et la division des exploitations. Cette première recommandation rendait nécessaire la dispense qui suit aussitôt: de faire entrer dans chaque lot les meubles et les immeubles en quantités *absolument égales.*

Il y a dans le patrimoine, supposerons-nous d'abord, deux immeubles de valeur différente : l'un vaut 100,000 francs, l'autre n'en vaut que 80. L'hérédité possède, en outre, 40,000 fr. de valeurs mobilières. Au lieu de faire subir à l'immeuble de 100,000 fr. un démembrement dont il est susceptible, de manière à reporter du côté du second une valeur immobilière de 10,000 fr. et de partager les valeurs mobilières par portions égales entre les deux enfants, par respect pour la recommandation de l'art. 832, et dans le plus grand intérêt de l'agriculture, on placera un immeuble dans chaque lot, sauf à n'attribuer au pro-

priétaire de celui qui a sur l'autre une supériorité de valeur de 20,000 fr. que 10,000 fr. de mobilier sur les 40,000 qui sont à partager, en abandonnant les 30,000 fr. restant à l'attributaire de l'immeuble de 80,000 francs.

Pour conserver l'hypothèse présentée par M. Demolombe lui-même, l'immeuble de 100,000 fr. est ou n'est pas partageable. Dans le premier cas, il se pourra que, composé de deux fermes d'inégale valeur, il y ait inconvénient, au point de vue des agencements actuels et de l'intérêt agricole, à ramener ces deux exploitations à une identité de valeur. Dans ce cas encore, on laissera les choses dans l'état, en attribuant celle des fermes qui vaut 60,000 fr., par exemple, à un lot, et en plaçant dans l'autre lot celle n'en valant que 40,000, sauf, comme dans notre première hypothèse, à laisser prélever sur les 100,000 fr. de valeurs mobilières 20,000 fr. par l'attributaire de la ferme de 40,000 fr., et à partager les 80,000 fr. restant en deux portions également. C'est à ces exigences que répond, répéterons-nous ici, l'art. 833.

L'immeuble de 100,000 fr. est-il réputé impartageable au contraire, la situation change : les art. 832 et 833 restent sans application possible. Le cas rentre sous celle de l'art. 827. La conséquence peut être regrettable, mais elle est juridique.

299. — Peut-être est-il à regretter, en effet, qu'en ce cas le père de famille n'ait pas la latitude qu'ici la légalité lui refuse. Le testateur a jugé qu'une somme d'argent serait un lot plus avantageux pour sa fille à

marier que des valeurs immobilières. Il lui a assigné sa part en numéraire, soit 100,000 fr. D'un autre côté, il a un fils agriculteur ; ce qui convient particulièrement à celui-ci, ce sont des biens ruraux pour l'application de son industrie. Le père de famille lui attribue le domaine de 100,000 fr. supposé par M. Demolombe ; nous pouvons même admettre que ce domaine est particulièrement connu de cet enfant, qu'il a été pour lui le théâtre d'expériences réitérées et fructueuses qui ont contribué à lui faire acquérir sa valeur actuelle. Peut-être aussi cet enfant est seul en possession du secret de ce que l'avenir peut attendre du système d'assolement par lui appliqué à ce même domaine. Le testateur a cru faire acte de sagesse ; il a été sage en effet. Partage nul ! si le domaine est susceptible de division (832) ; nul encore ! aux termes des art. 1075 et 827 combinés, si ce domaine est réputé impartageable en nature. Est-ce possible ?

Oui ; cela est même certain, aux termes d'une jurisprudence qui paraît inébranlable, si le domaine est susceptible de division. Oui encore, aux termes des art. 1075 et 827 sainement interprétés, si le domaine n'est pas commodément partageable.

300.— Ces inconvénients, que n'atténue que dans une faible mesure la jurisprudence en écartant du partage d'ascendant les prescriptions de l'art. 827, mais considérablement aggravés par l'application qu'elle fait de celles de l'art. 832 au partage *par acte entre vifs* aussi bien qu'à celui qui revêt la forme testamentaire, ne pouvaient manquer de soulever les réclamations. Les

agriculteurs plus encore que les industriels ont fait entendre leurs doléances. Les partages d'ascendants méritent encouragement et faveur, s'est-on écrié de presque tous les points du territoire. L'agriculture surtout a intérêt à ne pas laisser en des mains débiles le champ dont des bras doués de plus de virilité pourraient doubler les produits. Mais l'institution n'aura d'efficacité réelle, était-il ajouté, qu'à la condition de fournir à l'ascendant les moyens de prévenir l'émiettement du sol plutôt que de concourir à la diffusion de ses parcelles déjà trop nombreuses, de lui permettre de corriger par sa disposition ce que celles du droit commun ont de contraire au progrès agricole. On concluait à l'affranchissement du partage en question de l'application des art. 826, 827 et 832 du Code civil.

Ces plaintes avaient plus d'une fois frappé l'oreille du législateur. Une solennelle occasion s'étant offerte de les reproduire, les réclamants n'y ont pas manqué; presque partout le questionnaire de l'enquête agricole a été répondu dans ce sens. La commission supérieure chargée de coordonner les vœux s'en est elle-même émue, et n'a pas hésité, pour y donner satisfaction, à formuler un projet de réforme à l'adresse de l'Assemblée législative.

La motion ne pouvait se borner aux partages d'ascendants. Si les plaintes avaient pris naissance à l'occasion de ces partages ou des décisions judiciaires ramenant à l'application du droit commun ceux qui s'en écartaient, on comprit sans peine que, pour être efficace, la réforme se devrait étendre aux textes

mêmes qui consacrent ce droit ; qu'il ne suffirait pas, pour donner satisfaction aux besoins des temps, d'affranchir par un texte spécial le partage de l'art. 1075 de l'application des art. 826, 827 et 832 ; que, cette application écartée, les articles n'en demeureraient pas moins avec tous leurs inconvénients en ce qui touche les partages après décès.

301. — Voici ce projet : 1° suppression, dans l'article 826, de ces expressions : *Chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession ;* 2° remplacement du premier alinéa de l'art. 827 par ces mots : *Si la vente des immeubles est jugée avantageuse aux copartageants, il y est procédé par licitation devant le tribunal ;* 3° suppression, dans le premier alinéa de l'art. 832, de ces expressions : *autant que possible*, et remplacement du deuxième paragraphe par celles-ci : *Chaque lot peut être composé exclusivement, ou en quantités différentes, de meubles ou d'immeubles, de droits ou de créances de mêmes nature et valeur.*

301 *bis.* — Ce projet, élaboré et voté par la commission supérieure dans sa réunion du 4 mars 1869 sous la présidence du ministre de l'agriculture, a, par l'initiative de MM. Mortimer-Ternaux, Lucien Brun et Baragnon, revêtu le caractère de proposition de loi dans la séance de l'Assemblée nationale du 17 mai 1871. Le but s'en trouve parfaitement défini par l'exposé des motifs.

« Les plaintes les plus vives s'élèvent depuis longtemps, nous dit cet exposé, contre le *morcellement* de

la propriété rurale. C'est à l'application *exagérée* du principe posé par l'art. 832 que l'on doit en grande partie ce résultat. D'un autre côté, la richesse mobilière s'est considérablement accrue depuis trente ans; elle entre aujourd'hui pour une part considérable dans beaucoup de successions.

» Comment faire aujourd'hui des lots égaux et de même nature, lorsqu'un fonds de commerce, des parts dans des entreprises industrielles, ou telle autre valeur mobilière indivisible, doivent être nécessairement abandonnés en totalité à l'un de ces copartageants, si l'on veut ne pas voir péricliter ce fonds de commerce ou ces entreprises industrielles? »

« Il en est de même de certaines exploitations agricoles fondées sur un système régulier d'assolement, ou qui demandent, pour être améliorées, des travaux d'ensemble qui ne peuvent être entrepris et menés à bonne fin que si un même propriétaire est appelé à en recueillir les fruits. » (*Journal officiel* du 1er juin 1871, annexe nº 240.)

302. — Ce que se propose le projet de loi, ce n'est pas d'entraver la division des fortunes, conséquence de l'égalité dans les partages entre héritiers du même degré, et source de la richesse publique. Ce qu'il veut prévenir, c'est le *morcellement*, cette cause de ruine, ce mal chaque jour croissant, aux causes multiples, mais dont la principale est le partage après décès des héritages entre les ayant-droit à la succession.

« Le morcellement de la propriété, c'est-à-dire la division de la terre en parcelles d'une étendue res-

treinte et l'attribution de ces parcelles à des propriétaires différents, a été considéré dans l'enquête, nous dit M. le rapporteur de la commission supérieure, comme essentiellement contraire à la prospérité de l'agriculture... L'excès du morcellement produit des procès fréquents entre propriétaires contigus, des entraves au choix de l'assolement et à la liberté des cultures, des pertes de temps et de forces; il rend impossibles les améliorations foncières, telles que : le drainage, le colmatage, l'irrigation; il fait perdre en servitudes et en chemins tortueux non entretenus une quantité considérable de terrain. »

Rien de plus vrai. Si la division des fortunes a pour générateur l'égalité dans les partages, *le morcellement*, lui, procède du principe qui admet chaque copartageant à réclamer *en nature* sa part dans les immeubles et sa part dans les meubles. Appliqué à toutes les successions, à toutes les familles, ce principe est un diviseur continu, agissant sans cesse, et agissant, comme tout fait absolu, sans discernement, disait avec juste raison M. Migueret dans son rapport sur l'enquête dans la deuxième circonscription. « C'est en vain que le père de famille, poursuit M. Migueret, aura laborieusement rassemblé, cultivé et constitué un domaine d'une certaine étendue : s'il laisse plusieurs enfants, la loi du partage condamne ce domaine à la division; le système de culture finit avec la propriété à laquelle il s'applique, et le propriétaire nouveau recommence une nouvelle œuvre de centralisation et d'économie agricole, qui doit aussi finir avec

lui. Cette loi de division, rien ne peut y être soustrait; le père de famille, même en se dépouillant de son vivant, même en amassant, pour maintenir l'égalité, des valeurs mobilières équivalentes, ne peut prévenir la destruction de son œuvre. »

Ajoutons comme couronnement que, dans bien des cas, le petit domaine sera vendu et la partie la plus considérable de son prix employée en frais de vente.

303. — Ces considérations ne sont que trop fondées. On n'y saurait trouver une atténuation suffisante dans l'art. 819, laissant toute liberté aux héritiers majeurs et maîtres de leurs droits de disposer de la succession au mieux de leurs intérêts. Ces intérêts sont souvent mal compris, et il ne faut pas que des nécessités légales se puissent, dans un grand nombre de cas, mettre à la traverse de ce qu'on reconnaît être dans les nécessités morales.

Respectueux pour l'esprit général de nos lois successorales, le projet se borne donc à solliciter la substitution, dans les allotissements, de l'égalité de valeur à la similitude des matières. Ainsi limitée, la proposition soumise à l'Assemblée nationale, sans toucher à aucun élément de l'ordre social ou politique, offre un caractère économique dont l'utilité doit assurer le succès.

D'où viendraient les objections? Nous n'en saurions apercevoir de sérieuses en ce qui touche les partages après décès. Serait-ce que les inconvénients du parcellement n'avaient pas déjà frappé nos législateurs de

1804? est-ce que l'article dont la modification est aujourd'hui demandée ne recommande pas d'éviter *autant que possible* de morceler les héritages? Il ajoute, il est vrai, par une sorte de contradiction plus apparente que réelle, que chaque lot doit, s'il se peut, renfermer la même quantité de meubles et d'immeubles, de droits et de créances de même nature. Le mal avait donc été entrevu; mais, soit qu'ils aient été retenus par l'influence des précédents ou par la force de la logique abstraite, soit qu'il faille, au contraire, placer leur excuse dans la part plus restreinte qu'avaient alors les valeurs mobilières dans la fortune publique, et qui aurait pu apporter des entraves à la formation de parts égales sans la similitude des matières, les rédacteurs de nos Codes se sont arrêtés à mi-chemin. Mais aujourd'hui que la richesse commune a, sous ce rapport, subi des modifications considérables, que les valeurs mobilières ont pris un développement sensible, qu'elles entrent pour une large part dans beaucoup de successions, toute hésitation doit cesser.

Si ces considérations sont fondées dans leur application aux partages après décès, elles doivent l'être bien plus encore dans leur application au partage par attribution, à qui elles permettraient désormais d'allotir chacun suivant ses convenances ou ses aptitudes, dont l'ascendant est le meilleur juge.

Objecterait-on, en ce qui regarde le partage entre vifs en particulier, que l'ascendant n'a pas la maîtrise absolue des biens qu'il distribue, qu'il a à tenir compte

d'une sorte de droit préexistant chez ceux à qui il les destine?

Les copartagés sont ses héritiers présomptifs, sans doute; ses héritiers imposés, s'ils lui survivent et acceptent sa succession. Nous concédons même que, maître de retenir sa chose, le dessaisissement qu'il en fait au profit de ses successibles naturels satisfait à l'acquittement d'une dette dont il prévoit la naissance. Serait-ce donc que cette affectation, qui n'est pas, on le reconnaît, la condition du dessaisissement, constituerait une entrave à son droit de les distribuer autrement que ne le comporte le droit de copropriété éventuelle des copartagés? En droit strict et par trop abstrait, la réponse affirmative est forcée; mais combien ne l'est-elle pas davantage dans le partage après décès, où il ne s'agit pour le juge que de faire la division de choses dès à présent propres à ceux entre lesquels se fera le tirage au sort! La raison économique exige donc que, dans une hypothèse aussi bien que dans l'autre, dans la seconde encore plus que dans la première, on ne s'arrête pas aux rigueurs du droit; qu'on concède au père de famille, autorisé à partager ses biens entre ses enfants, avec plus de raison encore qu'au juge appelé à le faire à son défaut, les pouvoirs nécessaires pour composer des lots appropriés à la situation ou aux aptitudes de chacun de ceux à qui il n'abandonne ses biens que pour avoir le droit de les leur répartir.

304. — On ne peut donc que faire des vœux pour la prochaine réalisation du projet de modification sou-

mis en ce moment aux délibérations de l'Assemblée nationale.

305. — Nous terminerons par deux observations :

A quelque parti qu'on s'arrête au sujet des questions qui viennent d'être agitées, il y aura toujours, en attendant le sort des modifications proposées, une question de fait à résoudre, celle de savoir si les biens de la succession sont d'une division facile. Cette question ne saurait être abandonnée complétement à l'appréciation de l'ascendant. La Cour de Lyon a jugé avec raison, le 20 janvier 1837, que les tribunaux ne doivent pas se contenter de sa simple déclaration à cet égard (Dall., *l. c.*, n° 4487).

Pour asseoir leur jugement sur ce point, a décidé de son côté la chambre des requêtes, le 12 avril 1832, ils sont tout naturellement autorisés à recourir à l'expertise, sans que ce recours ait pour eux rien d'obligatoire. Ils peuvent, s'ils les trouvent suffisants, se déterminer d'après les documents qu'ils ont sous les yeux (12 avr. 1831 ; Dall., XXXII, I, 128).

306. — Jusqu'à la loi du 15 mai 1850, il était généralement admis que le retour en argent imposé à l'un des donataires copartagés jouissait de la réduction de droit accordée au partage d'ascendant. On en donnait cette raison qu'en pareille occurrence, les donataires étaient réputés tenir leurs lots directement de l'auteur du partage. L'art. 5 de la loi en question est venu modifier, en ce point important, la jurisprudence antérieure. En continuant à la donation-partage la réduction prononcée par la loi de 1824, cet article soumet le

retour dont il s'agit aux règles de perception concernant *les soultes de partages*, sans distinction du partage entre vifs et du partage testamentaire. — La Cour de cassation a même jugé, le 29 novembre 1854, que la soulte que, d'un commun accord, les donataires copartagés ont mise à la charge de l'un d'eux pour réparer une erreur d'estimation, et consolider ainsi le partage, était réputée former une condition même de ce partage, et devait être frappée du droit de soulte, bien que le partage fût antérieur à la loi de 1850 (Dall., LV, I, 70; — V. *inf.*, nos 647 et suiv.).

SECTION TROISIÈME.

DE LA FORME DU PARTAGE D'ASCENDANT.

SOMMAIRE :

307. — Raisons de l'art. 1076.
308. — Appréciation de ces raisons.
309. — Renvoi de l'art. 1076 aux formalités des donations et testaments.
310. — *Partage entre vifs*. L'acte en doit être passé dans la forme authentique en minute, et en présence du notaire second.
311. — Nullité du partage sous seing privé. — Inutilité de toute ratification.
312. — Distinction en ce qui regarde la ratification des copartagés.

369. — Il peut se déguiser sous la forme du contrat à titre onéreux. — Controverse.
370. — Charges imposées par l'ascendant. — Inconvénients des prestations viagères.
371. — Analogie entre le partage avec réserve d'usufruit et le partage à terme.
372. — La réserve d'usufruit ne se présume pas. — Réfutation d'une opinion de M. Duranton.
373. — Le partage d'ascendant admet la possibilité d'un terme.
374. — Hypothèses diverses. — Distinction.
375. — Dissidence avec la Cour régulatrice. — Démonstration.
376. — Conclusion.
377. — Dernière hypothèse. — Solution contraire.
378. — Le partage d'ascendant peut être soumis à une condition suspensive ou résolutoire.
379. — Les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs, sont réputées non écrites. — Difficultés d'application.
380. — Renvoi pour critique de l'art. 900 du Code.
381. — Sens du mot *condition* employé par cet article.
382. — Difficulté de déterminer les conditions contraires aux mœurs.
383. — L'art. 900 doit être combiné avec l'art. 6 du Code. — Distinction. — Application.
384. — La clause pourrait être déclarée nulle si elle conduisait à une substitution.
385. — Distinction en ce qui touche la condition limitant les droits du mari sur les biens immeubles placés au lot de sa femme. — Justification d'un arrêt de Paris relatif au régime de la communauté.
386. — Même solution si les époux sont mariés sous le régime dotal.
387. — Validité d'une autre condition relative au régime dotal.
388. — Application de la distinction précédemment énoncée à la clause pénale privant de la quotité disponible ceux qui querelleront la répartition de l'ascendant.
389. — Examen d'hypothèses diverses.
390. — Justification de distinctions relatives à ces hypothèses.
391. — La jurisprudence n'admet pas d'exception en faveur de la minorité au cas où le partage comprend les biens paternels et maternels.
392. — Limitation commandée en ce dernier cas par la nature des choses.
393. — Distinction, en ce qui touche la validité de la clause pénale, entre l'inégalité de *nature* et l'inégalité de *valeur* des biens.
394. — Elle serait réputée non écrite, si elle couvrait une atteinte à la réserve.

307. — Nous n'avons point à revenir ici sur les raisons qui ont motivé notre art. 1076, sur les analogies et les différences déjà signalées entre notre partage testamentaire et le partage d'ascendant de l'ancien droit, entre notre partage entre vifs et l'ancienne démission de biens de nos provinces coutumières.

De ces différences et de ces analogies, une chose est à retenir : c'est que, si le partage entre vifs a pour effet le dépouillement actuel et gratuit de l'ascendant, le partage testamentaire contient, de la part de son auteur, ordonnance sur ses biens pour le temps où il n'existera plus. Telles sont les raisons qui ont déterminé le législateur à soumettre ces partages aux formalités prescrites pour les donations entre vifs et testaments, par dérogation aux pratiques de notre ancien droit relatives, tant à la démission de biens qu'au partage *inter liberos*,

admis, le premier aussi bien que le second, au bénéfice de l'exemption des solennités ordinaires des dispositions à titre gratuit. Que penser de cette innovation ? mérite-t-elle les éloges ou le blâme qui lui ont été également adressés ?

308. — A ne considérer que l'origine et les causes de cet appareil de formalités méticuleuses dont la donation entre vifs est restée entourée dans nos lois modernes, on aurait peine à comprendre l'application que les auteurs de nos Codes en ont faite au partage entre vifs.

Nous savons, en effet, que c'est du principe fondamental de notre vieux droit gallique, *l'affectation du patrimoine à la famille*, qui avait enfanté les *réserves* coutumières et la fameuse maxime *donner et retenir ne vaut*, qu'est également sorti ce cortége de solennités inutiles, recueillies par les auteurs du Code civil dans l'héritage de notre droit coutumier. Or, aujourd'hui que toutes distinctions de nature et de provenances des biens ont disparu ; que le Code a aboli le système des *propres* et proscrit les effets de la règle *paterna paternis, materna maternis ;* qu'il ne reconnaît plus qu'une succession unique et qu'une seule espèce d'héritiers appelés à la recueillir au même titre ; aujourd'hui enfin que la loi se montre moins soucieuse qu'autrefois de la conservation des biens dans les familles, et que la faculté de disposer des mêmes quotités par acte de dernière volonté et par donation entre vifs s'oppose à ce que la forme des donations devienne l'instrument des fraudes qui pouvaient être

à craindre dans l'ancien droit, on a déjà peine à se rendre compte de ce luxe de solennités dont la donation du droit commun est demeurée entourée dans nos Codes. Comment ne pas s'étonner davantage que ces mêmes solennités aient été imposées au partage entre vifs, se bornant, en fin de compte, à une simple répartition des biens conformément à la vocation héréditaire ! Si l'intérêt des héritiers du sang a pu en conseiller le maintien en donation ordinaire, ce même intérêt ne réclamait-il point une exception pour notre matière ?

La détermination du législateur se justifie par des considérations d'un autre ordre : elle ne tient pas seulement à l'esprit d'uniformité et de simplification dont il était animé : elle s'induit principalement des nécessités de protéger l'ascendant contre les convoitises et les rivalités que fait naître autour de lui la faculté que la loi lui confère, de l'entourer des conseils d'un officier public expérimenté au moment de la consommation de l'un des actes les plus graves de la vie civile.

Le partage d'ascendant demeure donc soumis aux formalités ordinaires des donations entre vifs ou testamentaires, suivant qu'il emporte dépouillement actuel de son auteur ou que les effets en sont ajournés au décès de celui-ci.

309. — Quelles sont ces formalités ? La loi n'avait point à les rappeler ici. Elle se borne à un simple renvoi au droit commun. Les seules explications que nous fournissent les art. 1077 et suivants n'ont pour

objet que de nous signaler les points qui caractérisent l'opération, en tant que partage, et la différencient des dispositions ordinaires à titre gratuit. C'est aux chapitres du titre *Des Donations et Testaments*, où elles ont été consignées par le législateur, qu'il nous faut demander les formalités dont il est ici parlé, en distinguant soigneusement celles relatives à la donation entre vifs de celles applicables aux dispositions de dernière volonté.

310.— *Partage entre vifs.* — Il ne sera valable, hors des cas exceptionnels dont il sera parlé, qu'à la condition d'être passé devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; qu'il en restera minute et qu'au moment de la signature il en aura été donné lecture en présence du notaire second ou des témoins instrumentaires (art. 931, C. civ., et 9 de la loi du 21 mai 1843). L'infraction à cette règle des donations ordinaires n'emporterait pas seulement la nullité de l'acte contenant partage : la disposition elle-même serait atteinte dans ses conditions essentielles d'existence. Cette disposition, fût-elle reconnue, ne pourrait, à la différence des contrats ordinaires, subsister indépendamment de cet acte. *Forma dat esse rei.*

311. — Le partage verbal ou par acte sous seings privés serait donc dépourvu de toute vertu légale, sans que la nullité dont il serait entaché fût susceptible de réparation, du vivant de l'ascendant, par aucun acte de ratification de la part de celui-ci ou de ses descendants, pareil acte ne pouvant constituer qu'un pacte sur succession future, nul aux termes de l'art. 1130

du Code civil, et se trouvant manifestement repoussé, d'ailleurs, par la combinaison des seuls art. 1339 et 1340. « Attendu, nous dit la Cour de cassation, que l'acte par lequel les sieur et dame R... se sont démis de leurs biens et en ont fait le partage entre leurs enfants est sous signatures privées ; qu'il est, dès lors, nul, aux termes des art. 931 et 1076 du Code civil ; qu'il résulte de l'art. 1339 du même Code que les époux R... n'auraient pu réparer la nullité de ce partage par aucun acte confirmatif, et qu'il aurait dû être refait dans la forme légale ; qu'il suit de là que des actes de confirmation ou de ratification de ce partage par les enfants donataires, *pendant la vie* de leurs père et mère donateurs, n'auraient pu faire disparaître la nullité absolue dont il était frappé ; attendu, d'ailleurs, que toute stipulation sur une succession non ouverte est formellement défendue, et qu'on détruirait ce principe d'ordre public si l'on admettait que, par une voie oblique et à l'aide d'actes ou faits de ratification ou d'exécution volontaire, antérieurs à l'ouverture de cette succession, l'héritier peut être dépouillé du droit d'en demander le partage » (ch. civ., 5 janvier 1846 ; Dall., XLVI, I, 15 ; — V. aussi Bastia, 10 avril 1854 ; Devil., LIV, II, 536).

La nullité est radicale, en effet, au moins en ce qui regarde l'ascendant, absolument incapable de réparer par aucun acte confirmatif le vice de forme dont le partage est infecté. L'interdiction ne s'applique pas seulement à la ratification expresse. En principe, elle s'applique également à la ratification tacite résultant

de l'exécution volontaire. Toutefois, comme rien ne s'oppose à ce que la donation nulle puisse être *refaite* (1339), et qu'on admet, ainsi qu'il se verra bientôt, la validité des partages manuels relativement au mobilier corporel, la tradition d'objets de ce genre faite en exécution de la donation nulle offrirait l'équivalent d'un partage nouveau qui, sans confirmer le premier, suffirait pour assurer à l'avenir les droits des descendants copartagés. (Comp. n° 367.)

312. — Quant à ces derniers, une distinction est à faire entre les actes de ratification ou d'exécution volontaire qui ont précédé et ceux qui ont suivi le décès de l'ascendant. Tant que vécut celui-ci, ils n'eurent encore que le titre de donataires, et ne purent, en exécutant la donation, renoncer à un droit appartenant à l'ascendant et ne devant s'ouvrir à leur profit qu'avec la succession de celui-ci. Toutes les confirmations qu'ils pourraient donner, toutes les ratifications qu'ils pourraient faire durant la vie du donateur n'auraient d'efficacité qu'à la mort de celui-ci, et ne leur sauraient être opposées qu'à ce moment en cas de persévérance de leur part. C'est la conséquence de la disposition de l'art. 1130, prohibitif de toute espèce de renonciation ou de stipulation sur la succession future, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. Mais la jouissance séparée, exclusive, à titre de maître, de chaque lot par chaque cohéritier, constitue, lorsqu'elle s'est continuée *après le décès* de l'ascendant, un acte d'exécution qui rend ces cohéritiers ou ceux qui les repré-

sentent non recevables à arguer de la nullité du partage (art. 1340; V. n°s 655 et 665 et suiv.).

313. — Les raisons qui assujettissent le partage entre vifs aux prescriptions de l'art. 931 du Code civil commandent de le plier également à celles des art. 932 et suivants.

Comme les contrats en général, et comme la donation ordinaire en particulier, ce partage attend sa perfection du concours des volontés de l'ascendant qui donne et des descendants qui reçoivent. Il ne peut donc exister qu'à la condition de l'acceptation bien formelle de ceux-ci. La loi exige même, à raison de la solennité dont elle a tenu à entourer la donation, que cette acceptation soit donnée en termes non pas sacramentels, mais exprès; qu'on ne se contente pas d'une acceptation tacite s'induisant soit de la présence et de la signature des descendants à l'acte, soit de leur prise de possession des biens partagés.

C'est par application de ces principes, qu'il a été jugé qu'on ne saurait voir une acceptation régulière de la donation-partage dans l'acte par lequel les donataires ont disposé des biens qui leur avaient été attribués par cette donation comme de choses leur appartenant, en indiquant le pacte de famille comme leur titre de propriété (Bordeaux, 22 mai 1861; Dall., LXI, II, 196). Il en serait autrement de la déclaration faite par les descendants donataires qu'ils se soumettent à l'exécution du partage *selon sa forme et teneur*. C'est bien là *exprimer* son acceptation (Metz, 24 juil. 1824; Dall., *Rép.*, *l. c.*, n° 4527).

Le partage dont il est ici parlé pourrait donc, comme la donation ordinaire, être attaqué pour absence ou vice du consentement dans les termes du droit commun, et cette absence ou imperfection aurait pour conséquence de faire défaillir une condition essentielle du partage, et de créer une nullité intéressant le fond même de la disposition, et non pas seulement l'acte qui la renferme.

314. — La donation-partage s'adressant nécessairement à plusieurs, il est à peine besoin de mentionner qu'elle ne pourra produire effet, en ce qui regarde chacun des appelés, qu'autant qu'il y aura donné son acceptation particulière. C'est la règle des donations ordinaires.

Serait-ce à dire que ceux des descendants qui ont accepté les lots qui leur ont été offerts soient recevables à les revendiquer individuellement, alors même que l'acceptation des autres se ferait encore attendre? Nullement. Le but poursuivi par l'ascendant serait manqué s'il en pouvait être ainsi. Ce que s'est proposé celui-ci, c'est d'écarter les dangers de l'indivision entre ses héritiers, de prévenir les dissentiments qui en pourraient être la suite. Il y a donc un lien nécessaire de solidarité entre les différentes parties de sa disposition, et ce serait en méconnaître ouvertement l'esprit que de les envisager isolément, et de considérer chaque enfant comme donataire particulier de la part à lui attribuée, abstraction faite de celles des autres. Ce qu'a voulu l'ascendant, c'est une donation collective, un partage indivisible dans son unité. Or, il ne saurait

y en avoir sans l'intervention de tous les héritiers sans exception. L'acceptation des uns ne saurait donc être envisagée que dans ses rapports avec celles des autres; et l'une venant à défaillir, la disposition tout entière restera sans effet.

315. — En serait-il autrement si ceux qui ont refusé leur adhésion venaient à perdre leur qualité d'héritiers par prédécès, renonciation ou autre cause ? MM. Genty et Dalloz n'en font aucun doute; ils en donnent pour raison que, le partage se trouvant comprendre, en ce cas, et engager tous ceux qui y ont droit, il ne saurait y avoir de raison de s'en écarter.

Nous n'hésitons pas à nous ranger à cette opinion, que repousse péremptoirement M. Demolombe (XXIII, 11). Non pas assurément que nous soyons, plus que le savant auteur, disposé à accepter indifféremment toutes les raisons invoquées par M. Genty à l'appui de son sentiment. Nous ne saurions admettre, en effet, l'analogie signalée par cet auteur entre notre hypothèse et celle où un descendant *omis* dans le partage ferait défaut à la succession. Nous concéderons volontiers que les situations sont loin d'être identiques ; que, dans le cas d'omission, l'ascendant avait agi en vue du seul cas qui se réalise en définitive, et que ses combinaisons ne subissent aucune atteinte; qu'ici, au contraire, il n'y a aucune certitude absolue que le nombre des copartageants a été sans influence sur les allotissements auxquels il s'est arrêté dans la plénitude de sa souveraineté.

Tout en reconnaissant ces différences, nous ne sau-

rions les regarder comme décisives. Nous y trouvons une réponse dans l'art. 1077, abandonnant aux règles du droit commun le partage des biens acquis par l'ascendant postérieurement à sa disposition, et qui, eux aussi, n'auraient pas manqué d'apporter leurs modifications aux combinaisons du père de famille s'ils avaient pu entrer dans ses prévisions du moment. Nous ne croyons pas qu'on puisse porter la rigueur aussi loin que le proprose ici le savant professeur, et que, par des scrupules ne reposant, en fin de compte, que sur de simples conjectures, il soit permis de créer de nouvelles entraves à une institution qui mérite encouragement.

Mais la doctrine, poursuit notre savant contradicteur, qui exige l'acceptation de tous les donataires copartagés, reposant sur cette idée que la donation n'a pas encore acquis sa perfection, et qu'elle reste à l'état de simple projet tant qu'elle n'a pas été acceptée par tous les enfants que l'ascendant avait voulu y comprendre, il n'y a pas à considérer *la cause* par suite de laquelle l'un ou plusieurs des enfants n'ont pas accepté; *refus*, *prédécès ou indignité*, *qu'importe! N'est-il pas*, *dans tous les cas, également vrai de dire que la donation n'a pas pu se former?*

316. — On pourrait s'étonner que l'éminent jurisconsulte n'ait pas été frappé de la différence des situations: si l'enfant qui a *refusé* son acceptation au partage est là présent, *dans toute la plénitude de son droit*, il y aura nécessité de recommencer le partage. Il suffira, pour cela, qu'il en fasse la demande. Cet enfant a-t-il disparu, au contraire, par suite de prédécès, renoncia-

tion ou autre cause, tout est fini. Qui donc pourrait désormais solliciter un nouveau partage?

Les descendants eux-mêmes, de leur chef? c'est impossible: ils sont liés par leur acceptation personnelle. Du chef de l'ascendant! la difficulté est plus sérieuse en droit strict : elle revient à savoir si le partage est encore imparfait à l'instant de raison où s'exhale le dernier souffle de l'ascendant, et s'il arrive à ses héritiers entaché de cette imperfection à défaut d'acceptation de *ceux-là* mêmes *chez qui cette acceptation n'est pas à compter.*

Une distinction serait au moins à faire entre le cas de prédécès du donataire non acceptant et celui où ce donataire survivant formule sa renonciation au greffe, ou est déclaré indigne. Le moyen de soutenir que, dans la première hypothèse, la mort du donataire sans enfants met obstacle à la formation du contrat! Ce décès, en réduisant le nombre des donataires, aura réduit tout simplement le nombre des acceptations nécessaires; il n'y aura pas à tenir plus de compte de celle du donataire décédé que de sa personne même, au point de vue de la formation du contrat.

Pour le cas de renonciation à la succession maintenant, ou d'indignité, les raisons de douter seraient-elles plus décisives? est-ce que cette renonciation et le fait de l'indignité ne rétroagiront pas au jour du décès de l'ascendant, pour se confondre dans les effets qui s'y attachent? n'est-il pas écrit dans la loi (785) que celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, c'est-à-dire n'avoir jamais été saisi par le mort? n'est-il pas,

par cela même, juridique de reconnaître que l'imperfection du contrat s'est en quelque sorte évanouie avec les nécessités d'acceptations inutiles? Donc, sous quelque aspect que la question soit envisagée, on arrive à la confirmation de la solution proposée en premier lieu par M. Genty.

317. — Jusqu'à l'acceptation des descendants, le lien de droit sera en suspens ; il n'y aura encore que *pollicitation ;* mais, à l'instant de raison où cette acceptation viendra s'adjoindre à la volonté persistante de l'ascendant, le contrat prendra naissance, et rien n'y pourra plus apporter de changement. L'acceptation pourra donc être donnée indifféremment par l'acte même qui contient le partage ou par un acte postérieur et séparé.

La raison seule nous dirait, si la loi n'avait pris le soin de s'en expliquer elle-même, que cet acte, qui complète la donation et qui, par cela même, participe de sa nature, est assujetti aux mêmes formes qu'elle, c'est-à-dire que, comme elle, il doit être passé devant notaires dans la forme déterminée par les lois du 25 ventôse an XI et 21 mai 1843, et qu'il en doit rester minute.

318. — Ce qui n'est pas moins évident, c'est que, le concours de volontés ne pouvant s'établir que du vivant de l'ascendant, l'acceptation interviendrait inutilement après la mort de celui-ci. Elle interviendrait sans plus d'utilité si, au moment où elle se produit, l'ascendant se trouvait privé de la jouissance de ses droits civils par suite de condamnation judiciaire (loi du 3 mai 1854),

ou simplement de l'exercice de ses droits par suite de changement d'état provenant, pour la mère veuve, d'un second mariage, pour le père aussi bien que pour la mère, d'interdiction légale ou judiciaire. C'est ne pas exister en effet, au point de vue des conventions, que de manquer de la capacité nécessaire pour les souscrire.

319. — Serait-ce à dire que si l'état d'incapacité survenu chez l'ascendant depuis le partage avait cessé au moment de l'acceptation des descendants, il y aurait à tenir compte de l'inhabileté du temps intermédiaire? Non. La disparition des causes de cette incapacité momentanée aurait pour effet d'en effacer jusqu'aux vestiges pour l'avenir, et de remettre l'ascendant donateur au même et semblable état qu'avant l'événement qui l'avait produite. Il ne saurait y avoir de raison, en effet, de considérer comme modifiée la volonté antérieurement exprimée par l'ascendant (*sic* Demante, t. IV, n° 71 *bis*, 7; *contra* Demolombe, XVIII, 129; XX, 129).

320. — L'acceptation donnée pendant l'intervalle d'incapacité de l'ascendant serait assurément sans efficacité actuelle. Mais cette acceptation, inutilement formulée au moment où elle s'est fait jour, acquerrait-elle l'efficacité qui lui manquait du retour chez l'ascendant de l'habileté qu'il avait momentanément perdue? Nous ne le saurions croire. Il ne suffit pas de dire, à l'appui de la solution contraire, que la volonté intempestivement exprimée est réputée persister au moment où l'obstacle prend fin, et que cela suffit.

Bien différente est, suivant nous, cette hypothèse de celle sur laquelle nous raisonnions tout à l'heure. Là, il s'agissait *d'une volonté régulièrement et valablement exprimée par l'ascendant*. L'incapacité survenue avait eu pour conséquence non pas d'*anéantir* l'expression de cette volonté, mais uniquement d'en paralyser les effets. Ici, au contraire, l'*acceptation des descendants s'étant trouvée dénuée de toute vertu dans son principe*, on ne saurait admettre que l'efficacité qui lui manquait *ab initio* ait pu lui venir d'un changement d'état étranger à ces descendants. L'incapacité accidentelle survenue chez l'ascendant permet de présumer qu'à la cessation de cette incapacité sa volonté persiste, parce qu'au moment où elle s'est produite elle portait en elle toutes les conditions d'existence; mais la réunion de ces conditions manque absolument à l'acceptation donnée par les descendants durant l'incapacité de l'ascendant. Si, au moment où cette volonté s'est fait jour, la formation du contrat était impossible, n'est-ce pas, juridiquement parlant, comme si elle n'avait pas été exprimée? On ne comprendrait pas que la réhabilitation du donateur pût donner à l'acceptation la vie qui lui manquait au moment de sa manifestation. Dans celle fournie à la proposition d'un incapable, la loi ne peut voir qu'un jeu et ne saurait s'y arrêter (*contra*, Demante, *l. c.*).

321. — Le partage entre vifs tirant sa perfection de l'acceptation des descendants, rien ne saurait s'opposer, en principe, à ce que les effets de celle-ci soient immédiats (932, § 1). Il n'y a de dérogation que pour

le cas où cette acceptation a lieu par acte postérieur. Les effets en sont alors subordonnés, *à l'égard de l'ascendant donateur*, à la notification de l'acte constatant cette acceptation.

La raison de cette exception, que ne connaissait pas l'ancien droit sur les donations, est aisée à comprendre ; elle nous a, d'ailleurs, été fort clairement expliquée par ses auteurs. Le Tribunat, à qui appartient l'initiative de cette innovation que ne contenaient ni le projet de la commission du gouvernement, ni celui de la section de législation, la motivait sur l'utilité de préserver *le donateur* du danger de tromper les tiers avec lesquels il pourrait contracter dans l'ignorance d'un engagement précédent.

La rédaction d'abord proposée par le Tribunat allant, par la généralité de ses termes, au-delà de la pensée dont nous empruntons l'expression à ses organes officiels (V. Fenet, XII, p. 450 et 496), elle fut limitée par le Conseil d'État, fidèle interprète de cette pensée, au seul ordre d'idées qu'on avait entendu prévoir.

« La donation, portait la rédaction du Tribunat, n'aura d'effet que du jour de la notification faite au donateur de l'acte qui constatera cette acceptation. » La généralité de cette formule aurait autorisé à penser que la notification de l'acceptation était exigée comme condition de la formation du contrat ; la modification qu'on lui a fait subir conduit à la conséquence opposée. Comment, en effet, concilier la rédaction restrictive adoptée en dernier lieu par les rédacteurs de l'article 932 avec l'opinion qui fait résulter du défaut de

notification dont parle cet article une suspension d'effet absolue ?

La réfutation de cette opinion ne résulte pas seulement pour nous des termes mêmes de notre article, nous disant que la donation n'aura d'effet, *à l'égard du donateur*, que du jour où l'acte qui constatera l'acceptation lui aura été notifié, mais encore, et plus particulièrement, du nouveau commentaire qu'en donnait le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat, nous présentant la notification dont il est question « comme une précaution... nécessaire pour empêcher que *le donateur* ne soit personnellement victime des transactions qu'il aurait faites, dans la fausse croyance qu'il n'était pas engagé. »

Ainsi, c'est au seul point de vue de l'intérêt du donateur que s'était placée l'initiative du Tribunat ; c'est pour répondre pleinement à cette pensée que le Conseil d'État substitua une rédaction limitative à celle trop absolue d'abord proposée par ce corps constituant ; c'est cette même pensée qu'a reproduite le rapport fait plus tard au Tribunat. Nous ne saurions admettre qu'en présence de cet historique, de ces changements et explications, on puisse raisonnablement soutenir qu'en nous disant que la donation n'aura d'effet, *à l'égard du donateur*, que du jour de la notification de l'acceptation, la loi a entendu procéder par forme d'exemple et nullement par voie de restriction ; « qu'aujourd'hui ce n'est pas l'acceptation seule, mais bien la notification de cette acceptation qui forme réellement le contrat » (Duranton, VIII, 420). Cette

doctrine nous paraît absolument inconciliable avec la formule limitative admise en pleine connaissance de cause par le rédacteur de notre art. 932.

Vainement on objecte que la coexistence des deux volontés ne suffit pas pour en établir le concours, s'il n'y a connaissance respective. C'est là, fait justement observer M. Demante (*l. c.*), une pure pétition de principe; c'est, dans tous les cas, un démenti donné à l'ancienne doctrine, qui certainement considérait la donation comme parfaite, par cela seul qu'elle était formellement acceptée. La vérité est qu'aujourd'hui comme autrefois le contrat est formé par le seul fait de l'acceptation; mais de même que pour produire effet à l'égard des tiers la donation qui a pour objet des immeubles a besoin d'être transcrite, de même la notification de l'acceptation est nécessaire pour lui donner effet *à l'égard du donateur*.

Tenons donc pour certain que la notification du partage entre vifs n'est pas, absolument parlant, une condition essentielle de l'existence de ce partage; que, respectivement aux descendants, ce partage existe avec tous les effets dont il est susceptible dès le jour de l'acceptation de ceux-ci, avant toute notification de leur part à l'ascendant, sous la seule condition que cette notification se produira en temps utile, c'est-à-dire avant toute rétractation expresse ou tacite de l'ascendant donateur; qu'en d'autres termes l'acceptation de ce partage confère, dès à présent, aux descendants un droit conditionnel subordonné à la notification dont la réalisation aura, comme celle de toutes les condi-

tions en général, pour effet de rétroagir au jour de l'acceptation (1179).

322. — De nombreuses conséquences découlent de ces prémisses. Il nous suffira de les énumérer. Si, dans l'intervalle de l'acceptation à la notification, les descendants donataires ont contracté mariage, les biens qu'ils tiennent du partage auront, dans leurs conventions matrimoniales, le sort réservé aux biens présents. Le pacte nuptial contient-il, par exemple, une clause d'ameublissement des immeubles présents, cette clause s'appliquera aux biens partagés. Est-ce une femme qui, en se soumettant au régime dotal, a compris dans sa constitution tous ses biens actuels, le résultat sera encore le même.

L'un des descendants a-t-il aliéné ou hypothéqué l'immeuble qu'il tient du partage anticipé, mais non encore notifié, nul ne pourra lui objecter qu'il a disposé de la chose d'autrui, ou qu'il a hypothéqué un bien à venir contrairement aux prohibitions légales. Dans tous les cas, l'inscription prise en vertu de cette hypothèque aura la priorité sur celle prise en vertu de l'hypothèque constituée postérieurement à la notification.

Supposons, au contraire, l'un des descendants frappé de mort ou d'incapacité dans l'intervalle de l'acceptation à la notification : rien ne s'opposera à ce que les héritiers dans la première hypothèse, le représentant légal dans la seconde, ne remplissent la formalité, ne réalisent, au lieu et place du *de cujus* ou de l'incapable, la condition qui doit assurer les

effets du partage. D'où viendrait la difficulté? est-ce que le donataire n'était pas déjà nanti, au moment où il a été frappé de mort ou d'impuissance, d'un droit conditionnel? pourquoi son héritier ou représentant légal serait-il privé de la faculté de remplir valablement la condition à laquelle est soumise la consolidation de ce droit? Même observation en ce qui touche les créanciers des descendants donataires. Rien, suivant nous, ne pourrait les empêcher non plus de faire à l'ascendant la notification de l'acceptation réalisée par leur débiteur. Rien, dans l'accomplissement de cette formalité, qui soit exclusivement personnel à celui-ci (1166).

323. — Tout différent est le résultat en ce qui regarde l'ascendant. Ce partage reste, quant à lui, absolument dénué d'effets, tant que l'acceptation de ces descendants ne lui a pas été notifiée.

Il suit de là que, jusqu'à cette notification, il reste maître d'anéantir et, à plus forte raison, de modifier ce partage, sans possibilité pour les intéressés de s'y opposer.

Il en résulte encore que s'il vient à décès avant que la notification de l'acceptation de tous les descendants soit venue donner la perfection au partage en ce qui le concerne, ce partage sera considéré comme non avenu, La condition à laquelle s'était trouvée subordonnée la propriété des descendants ayant défailli, et la disposition étant demeurée imparfaite du vivant de son auteur, il est juridiquement impossible qu'elle puisse, après sa mort, engager ses héritiers. Les biens

partagés arrivent à ceux-ci libres de tous effets d'un partage resté sans vertu pour lui (Agen, 28 nov. 1855, et sur pourvoi 30 juil. 1856; Dall., LVI, II, 40; I, 409).

Même solution si, dans l'intervalle de l'acceptation à la notification, l'ascendant avait été frappé d'incapacité de fait ou de droit. Le partage s'étant trouvé imparfait, respectivement à celui-ci, au moment où est survenue son incapacité, il n'a pu se consolider plus tard. Il est de toute impossibilité, en effet, que le contrat sans vertu jusque-là commence à produire effet dans la personne de l'incapable. Juridiquement parlant, cette hypothèse est assimilée au cas de mort. Si c'est la notification qui, par la rétroactivité de ses effets, réalise le partage, n'est-il pas de toute nécessité qu'au moment où cette condition s'accomplit il n'y ait pas d'obstacle à sa formation résultant de l'état civil de l'ascendant? (*contra*, Demante, *Thémis*, VII, p. 378 et suiv., et *Cours analyt.*, *l. c.*; Dall., *l. c.*, n° 1454).

324. — A la mort de l'ascendant, tous les héritiers pourront donc, sans distinction de ceux qui avaient négligé la notification de leur acceptation de ceux qui avaient rempli cette formalité, se prévaloir de la nullité du chef de leur auteur. Sur quoi se pourrait fonder la distinction? Du moment qu'il est admis qu'à défaut de notification en temps utile la formation du contrat est devenue impossible, la résistance d'un seul donataire en empêche la consolidation (1340). Cette résistance équivaudra, chez ce donataire, à la rétractation de son acceptation restée jusque-là sans effets irrévocables du

chef de l'ascendant, à défaut de notification à celui-ci. Tant qu'il vécut, tout descendant eut le pouvoir de paralyser les effets du partage en s'abstenant de notifier son acceptation : comment lui dénier cette faculté à une époque où la notification est devenue impossible ? (req., 30 juil. 1856; Dall., LVI, I, 409).

325. — Si tous sont d'accord pour cela, le partage produira les effets que s'en était promis l'ascendant par une exécution volontaire dans les termes de l'article 1340. (V. n° 665 et suiv.)

326. — La loi ne soumettant la notification dont il est ici parlé à aucune formalité spéciale, il suffira qu'elle soit faite selon les règles de la procédure, c'est-à-dire par acte d'huissier signifié à personne ou domicile.

327.— Mais, dans le silence des textes, devrons-nous considérer cette notification extrajudiciaire comme absolument indispensable ? Nous ne le saurions croire. Nous pensons, au contraire, que cette notification peut être suppléée par des équivalents.

Il est bien évident d'abord que pareille notification serait superflue si l'acceptation postérieure avait eu lieu par acte *authentique* passé entre l'ascendant et les descendants donataires. Cette solution ne s'induirait pas suffisamment de l'analogie tirée de l'art. 1690, qu'elle découlerait forcément de cette considération que, la connaissance de l'acceptation résultant virtuellement pour l'ascendant du contrat auquel il a été partie, toute notification de cette acceptation resterait sans objet.

Mais si cette considération est péremptoire, il serait difficile d'en refuser l'application au cas où, après une acceptation en forme de la part des descendants, l'ascendant donateur aurait fait avec ceux-ci des actes, fussent-ils sous signatures privées, qui, chez lui, impliqueraient la connaissance nécessaire de l'acceptation. Ainsi l'a jugé la Cour de Paris, par un arrêt du 31 juillet 1849 en matière de donation ordinaire, dans l'espèce suivante. Donation d'une rente viagère. Cinq jours plus tard, acceptation par acte authentique; mais cet acte n'est pas notifié au donateur; décès de celui-ci, et ses héritiers refusent le service de la rente, par le motif que la donation est restée sans effet, respectivement à leur auteur, à défaut de notification de l'acceptation. Cependant, l'inventaire des papiers du donateur établissait que pendant quinze années, à partir de l'acceptation, celui-ci avait payé la rente. Jugement du tribunal de la Seine, suivi d'un arrêt confirmatif, qui décide que, la disposition législative qui exige que l'acceptation d'une donation, lorsqu'elle est faite par acte séparé, soit notifiée au donateur, n'assujettissant cette notification à aucune formalité précise, la preuve de cette acceptation a pu résulter de pièces constatant que le donateur a exécuté la donation en servant pendant plusieurs années la rente qui en était l'objet (Dall., XLIX, II, 189) (1).

328. — Cette décision fort juridique fournit un puis-

(1) La notice de cet arrêt pourrait induire en erreur : elle fait supposer, contrairement à la réalité et à la rigueur des principes, que la Cour a été déterminée par le *fait de l'exécution* de la part du donateur, tandis qu'il résulte des termes mêmes de l'arrêt que la

sant argument en faveur de notre thèse. Nous croyons donc pouvoir généraliser la conséquence, et dire que, la notification à l'ascendant donateur n'étant ici exigée que pour la preuve de l'acceptation, et non point à titre de formalité substantielle, on la pourrait suppléer par tout acte établissant d'une manière *certaine* que l'ascendant n'a pas ignoré cette acceptation ; qu'un simple récépissé de l'acte d'acceptation, ou toute autre reconnaissance sous seing privé émanée de celui-ci, et de laquelle il résulterait qu'il a reçu de ses descendants communication de l'acceptation de la donation-partage, remplirait le but de l'art. 932. Exiger davantage serait, suivant nous, outrer les sévérités de la loi, déjà si grandes en cette matière.

Notons cependant que, suffisante en ce qui regarde l'ascendant, pareille preuve serait dépourvue d'effet relativement aux tiers intéressés à contester l'efficacité de la donation-partage à l'égard de celui-ci. Il faudrait, pour qu'il eût force probante contre ceux-ci, que l'acte eût acquis date certaine (1328), et, si le partage avait pour objet des biens susceptibles d'hypothèque, qu'il eût été soumis à la transcription (art. 939 et loi du 23 mars 1855).

Cette doctrine n'est pas sans contradicteurs. Si des auteurs la recommandent, elle est repoussée par des autorités non moins imposantes exigeant, à défaut d'une notification en forme, une déclaration ou recon-

Cour a fait résulter la preuve de la *connaissance par le donateur de l'acceptation* de sa donation de pièces trouvées au domicile de celui-ci, c'est-à-dire de quittances des paiements par lui effectués.

naissance par acte authentique. Les raisons qu'on donne de ce formalisme se tirent, pour les uns, de l'analogie avec le cas prévu par l'art. 1690 de notre Code; pour d'autres, de l'expression *notification* employée par le législateur, et emportant, dans son sens technique, comme dans son acception usuelle, l'idée d'authenticité.

Nous répéterons que ces exigences ne sont pas dans la loi. L'ordonnance de 1731 se contentait de la simple acceptation du donataire. Le Code y ajoute une formalité nouvelle, dans le seul intérêt du disposant, avons-nous vu. Ne serait-ce point s'écarter de cet ordre d'idées que de supposer que la notification dont parle l'art. 932 est exigée à d'autre fin que la preuve de la connaissance, pour le donateur, de l'acceptation du donataire?

329. — Il résulte de ce qui vient d'être dit qu'une fois l'acceptation réalisée, l'ascendant aura toujours le moyen de contraindre ses descendants à l'exécution du partage : il lui suffira, pour cela, de rendre toute notification de leur part inutile en leur signifiant lui-même qu'il a une pleine connaissance de cette acceptation, qu'il la tient pour notifiée, et qu'il entend donner suite à la convention dûment acceptée et devenue, par cela même, irrévocable. L'expédient pourra n'être pas sans utilité pour lui quand la donation-partage sera faite, ainsi que cela a lieu le plus ordinairement, avec charges.

330. — Là ne se bornent pas les conséquences du principe que la validité du partage s'apprécie d'après

les règles relatives au genre de disposition dont l'ascendant a fait choix pour la distribution de ses biens. Nous en conclurons encore que le partage entre vifs ne sera valable, quant aux objets mobiliers qu'il pourrait embrasser, qu'à la condition que ces objets auront été estimés et décrits conformément à l'art. 848; qu'il n'acquerra d'efficacité à l'égard des tiers, en ce qui regarde les biens susceptibles d'hypothèques qui s'y trouveraient compris, que par la transcription de tous les actes constituant le dépouillement de l'ascendant, c'est-à-dire du partage et de son acceptation, ainsi que de la notification qui en aurait eu lieu par acte séparé (939, et loi du 23 mars 1855, art. 1).

En cette matière, l'accomplissement de cette formalité peut tirer un degré d'utilité particulière des réserves d'usufruit qui souvent accompagnent la disposition du père de famille. Les tiers ne sauraient sans injustice être victimes de l'état d'ignorance dans lequel on les aurait laissés et « de ce qu'ils auraient juste sujet de croire qu'ils peuvent contracter en sécurité avec des ascendants qui continueraient l'exploitation de leurs propres biens, s'il y avait réserve d'usufruit, ou qui, en l'absence même de cette réserve, paraîtraient continuer cette exploitation avec des enfants demeurant avec eux. » La nécessité de cette mesure de prévoyance étant aujourd'hui de droit commun (V. loi du 23 mars 1855), il n'y a pas à insister.

Le principe posé, trois séries de questions se présentent à notre examen :

A qui incombe la charge de la transcription? qui se pourra prévaloir de son omission? à qui cette omission pourra-t-elle être opposée, et quelles en seront les conséquences respectivement à ceux qui en auront souffert et à ceux à qui elle est imputable?

331. — La réponse à la première de ces questions est facile : la formalité de la transcription n'étant pas moins essentielle à la validité de la donation-partage, en ce qui regarde ceux dans l'intérêt de qui elle est exigée, que ne l'est son acceptation, la charge en devra tout naturellement incomber à ceux-là mêmes qui ont l'obligation de fournir cette acceptation, c'est-à-dire aux donataires eux-mêmes, s'ils sont majeurs et maîtres de leurs droits (sans qu'il y ait de raison de refuser à leurs successeurs universels ou à titre particulier le droit de les suppléer dans l'accomplissement de cette formalité); aux maris, tuteurs (subrogés tuteurs, le cas échéant), ou curateurs des descendants qui sont sous puissance de mari, en tutelle ou en curatelle ; au père administrateur des biens de ces descendants; aux administrateurs provisoires de ceux placés temporairement dans un asile d'aliénés; aux représentants de ceux dont l'absence est déclarée ; au curateur *ad hoc* de ceux dont elle n'est encore que présumée, du sourd-muet illettré, ou du mineur émancipé qui aurait pour curateur l'ascendant donateur.

Pour ceux-ci, il y a obligation de requérir la transcription et, par cela même, responsabilité en cas d'omission ou de négligence de leur part; la transcription *sera* faite, dit l'art. 940, à la diligence, etc.

332. — Pour d'autres, il n'y a que simple faculté d'agir, sans aucune des conséquences ordinaires de la transgression d'un devoir : tel le mari, au cas où ses conventions matrimoniales lui enlèveraient l'administration des biens mis au lot de sa femme, par suite de stipulation du régime de la séparation de biens ou du régime dotal avec réserve pour la femme de ses paraphernaux, le soin des actes de conservation ne pouvant être imposé à qui n'a pas charge d'administration ; tel encore l'ascendant, qui, tenant de la loi la faculté d'accepter pour le mineur, ne saurait être privé de celle d'assurer par la transcription l'effet d'une donation acceptée par un autre, ces deux pouvoirs participant nécessairement de la même nature ; tels, enfin, les incapables eux-mêmes, dans l'intérêt desquels d'autres ont été chargés de ce soin.

Si la loi (940) ne s'en explique qu'au sujet de la femme mariée, il n'y a rien à induire de son silence pour les autres cas d'incapacité, car pour tous il y a même raison de décider. La transcription, en effet, ne tendant qu'à consolider une acquisition déjà consommée au regard de l'ascendant et des descendants eux-mêmes, il n'y a pas de motifs d'en interdire la réalisation à ceux qui n'ont d'incapacité que pour contracter. Serait-ce, d'ailleurs, que l'art. 2139 ne réserve pas textuellement au mineur, aussi bien qu'à la femme elle-même, le droit de requérir l'inscription de son hypothèque légale ? L'argument d'analogie nous semble ici sans réplique. Aussi n'hésitons-nous pas davantage à reconnaître le pouvoir de requérir la transcrip-

tion dont il est ici parlé à tous ceux à qui les art. 2139 et 2194 concèdent celui de requérir inscription, c'est-à-dire aux parents, aux amis, au procureur de la République.

Aux parents! Serait-il besoin d'ajouter que l'ascendant donateur devrait être écarté moins que tous autres? n'est-il pas partie au partage, et n'a-t-il pas toute raison de tenir à en assurer les effets dans l'intérêt de ses descendants? S'il avait l'administration légale ou la tutelle de ses donataires, ce ne serait plus simple faculté pour lui de requérir la transcription : il y aurait obligation avec ses conséquences ordinaires (942). Il ne saurait accepter pour eux, parce que l'acceptation est essentielle à la formation du contrat, et qu'il n'y saurait jouer un double rôle. (Comp. nº 198.) Mais ici le contrat existe : il ne s'agit plus que de l'accomplissement d'une simple formalité destinée à en assurer les effets au regard des tiers.

Nous allons plus loin : tout porteur quelconque des actes à transcrire se pourra faire ouvrir les portes du bureau de la transcription, encore faut-il être nanti de ces pièces. Ce qu'il importe de constater, c'est que les personnes dont nous venons de donner l'énumération trouveront dans leur seule qualité le pouvoir de se les faire délivrer, en vue de l'accomplissement de la formalité.

333. — Le mari, supposerons-nous maintenant, a l'administration des biens de sa femme, mais celle-ci n'a accepté le partage qu'avec l'autorisation de la justice : qu'en sera-t-il de l'obligation de transcrire? Elle

lui incombera encore, sans préjudice du droit réservé à la femme de la requérir elle-même. Nous fondons cette solution sur le droit d'administration qui lui est réservé sur ces biens après acceptation de sa femme, et sur l'obligation de les gérer et de faire tous les actes conservatoires qui sont la conséquence de cette gestion. (Comp. Ricard, 1re part., n° 1240; Furgole sur art. 31 de l'ord.; Pothier, *Donat.*, sect. II, art. 3, § 1.)

Même observation en ce qui touche le tuteur, le père administrateur, si le partage procède de la mère, le curateur à l'émancipation si, malgré eux ou à leur simple refus, la donation-partage avait été acceptée par un ascendant dans les termes du dernier alinéa de l'art. 935; sans préjudice de l'obligation pour ce dernier de faire procéder personnellement, au cas particulier, à l'accomplissement de la formalité. En usant de la faculté d'acceptation, il a effectivement contracté l'obligation d'en requérir ensuite la transcription.

Le curateur à l'émancipation n'a pas, il est vrai, charge d'administration : de là raison de douter de l'obligation que nous lui reconnaissons de transcrire. Mais « l'acte conservatoire dont il s'agit, fait justement observer M. Demante (IV, n° 81 *bis*, 1), entre, d'après notre art. 940, dans son ministère, comme y entre, aux termes de l'art. 482, le soin de surveiller l'emploi d'un capital reçu » par lui pour son mineur.

334. — Le défaut de transcription maintenant! « Il pourra être opposé par toute personne ayant intérêt » à l'annulation de la donation-partage. Voilà la règle. La loi en excepte aussitôt ceux « qui sont chargés de

faire faire la transcription ou leurs ayant-cause, et le donateur » (941).

335. — Le donateur ! la mention en semblait inutile : la règle n'aurait pu le comprendre ; il ne saurait, à parler exactement, être rangé dans l'exception. En ce qui le concerne, la transcription n'ajoute rien à la perfection du contrat résultant du seul fait de l'accord des consentements (936). Cette transcription n'est requise qu'à titre de formalité extrinsèque, nécessaire pour faire acquérir à la disposition son efficacité à l'égard des tiers, pour investir les donataires, respectivement à ceux-ci, de la propriété des biens donnés. En ce qui regarde l'ascendant donateur, le droit des descendants donataires est complet. Il est ouvert. Outre les actions réelles qui peuvent, suivant les circonstances, appartenir à tout donataire en qualité de propriétaire des biens donnés, ils ont l'action personnelle contre le donateur, à l'effet d'en obtenir l'exécution du partage, c'est-à-dire la délivrance même des biens qu'il comprend avec leurs accessoires. C'est en vertu de cette action qu'ils pourront, ainsi qu'il se verra bientôt (nos 346, 347, 350), réclamer à titre de dommages-intérêts la valeur des biens compris dans leurs allotissements respectifs, si la délivrance ne s'en peut effectuer, en raison même du défaut de transcription de l'acte de partage (942).

Si, en pareille situation, il y a interdiction pour l'ascendant donateur d'opposer l'inaccomplissement de la formalité aux descendants donataires, ce ne saurait être par exception à une règle dont l'application

lui serait impossible. C'est tout simplement parce que, pour lui, la transcription est inutile, qu'elle n'a rien à lui apprendre et rien à lui ôter: rien à lui apprendre, en effet, au sujet d'une disposition dont il est l'auteur; rien à lui ôter, car il est dès à présent et irrévocablement dépouillé. Rien de plus clair: le défaut de transcription de la donation-partage ne saurait être opposé aux descendants donataires par l'ascendant donateur!

336. — Il ne saurait l'être non plus par ses héritiers ou autres successeurs universels. Ses héritiers! ils ne sont autres que les donataires copartagés eux-mêmes. Les donataires ou légataires à titre universel! le principe de la transmission des engagements aux héritiers ou autres successeurs universels s'y opposerait également. La donation dûment acceptée, étant parfaite par le consentement des parties, et obligeant, indépendamment de la transcription, le disposant, oblige, par voie de conséquence, et sans plus de difficulté, ses successeurs à titre universel dans la mesure de leur vocation à l'hérédité. Ceux-ci sont donc tenus, comme et au même titre que leur auteur, de garantir les donataires évincés par le fait de celui-ci. C'en est assez pour les rendre non recevables, par application de la maxime: *quem de evictione tenet actio...*

337. — Si ces premières conséquences découlent avec certitude des principes qui viennent d'être rappelés, il en résulte d'une manière non moins évidente, en sens inverse, que l'inobservation de la formalité sera opposable aux descendants copartagés et à leurs

successeurs à un titre quelconque par tous ceux à qui, dans leurs rapports avec les descendants donataires, la qualité de tiers ne saurait être contestée. Or, comment ne pas ranger dans cette catégorie tous ceux qui, n'étant pas tenus des engagements de l'ascendant donateur, ont intérêt, en raison de droits qu'ils tiennent de lui, ou dont ils sont armés contre lui, à faire décider (suivant les dates de leurs titres et celle de la transcription), ou bien que la propriété des biens donnés n'a pas cessé de résider sur sa tête, ou bien qu'elle n'a été transmise au donataire que du jour de la transcription? tels les successeurs à titre particulier du disposant, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux à titre gratuit et ceux à titre onéreux; tels encore ses créanciers, sans plus de distinction, croyons-nous encore, entre ceux dont le droit est garanti par une hypothèque et ceux dont le titre est purement cédulaire, et sans qu'il soit même nécessaire de s'arrêter à considérer la date de leurs créances, si elles sont antérieures ou postérieures à la donation-partage.

Quelques-unes de ces solutions nous sont contestées. On soutient, d'une part, qu'en ce qui concerne les successeurs à titre particulier du donateur, une distinction est à faire entre ceux dont le titre repose sur une libéralité et les acquéreurs à titre onéreux; on prétend, de l'autre, que les créanciers purement chirographaires ne sauraient jouir des mêmes immunités que les créanciers hypothécaires.

338. — Nous avons eu occasion de réfuter, avec

tous les développements qu'elle comporte, dans notre *Traité des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux* (t. II, n° 687), la thèse qui voudrait borner aux seuls successeurs particuliers à titre onéreux la faculté d'opposer au donataire le défaut de transcription de son titre. Nous ne pouvons que renvoyer le lecteur aux appréciations que nous avons faites de cette théorie, en nous fondant principalement sur l'origine de l'art. 941 et sur la grande généralité des expressions qu'il emploie. Nous y avons concédé, avec MM. Duranton et Coin-Delisle, qu'il pourrait y avoir lieu, tout au plus, à une sous-distinction entre le légataire particulier et le donataire au même titre ; que, si le droit de se prévaloir contre le donataire du défaut de transcription pouvait être refusé au premier, il était absolument impossible de ne pas l'accorder au second.

Nous avons tiré la raison de cette sous-distinction de ce que la transcription empruntée à la loi de brumaire an VII n'avait été instituée par cette loi qu'en faveur des personnes qui viendraient *à contracter* avec le vendeur ou donateur, et que le légataire n'est pas au nombre de ces personnes (Caen, 27 janvier 1813). A cette première considération nous en ajouterons ici une nouvelle : nous l'induisons de cette circonstance que l'inexécution de la donation non transcrite se convertit en une créance au profit du donataire évincé contre le donateur, et que, cette créance primant par sa nature le droit du légataire, celui-ci se trouve sans intérêt à l'événement qui lui donnerait naissance.

(V. Dur., VIII, 540; Demol., XX, 310; Demante, IV, 82 *bis*, 3; Caen, 27 janv. 1813; Dall., v[is] *Disp. entre vifs*, n° 1581; V. aussi Coin-Delisle, art. 941, n° 20, et Marcadé, *eod.*)

339. — La distinction proposée entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires de l'ascendant donateur ne tend à rien moins, suivant nous, qu'à la violation du texte de l'art. 841 et à la méconnaissance de son esprit. Le texte ! il est conçu dans les termes les plus larges : « Le défaut de transcription pourra être opposé par *toutes personnes* ayant intérêt.» L'exception ! elle n'embrasse que celles qui sont chargées de faire faire la transcription ou leurs ayant-cause et le *donateur*. L'interprétation a été autorisée à y ajouter les successeurs de ce dernier. Mais ses créanciers pourraient-ils jamais avoir cette qualité ? Celle d'*ayant-cause* de leur débiteur ne serait pas plus aisée à justifier quand, comme dans l'occurrence, ils s'appuient sur un droit qui leur est *propre*, qu'ils tiennent, il est vrai, de ce débiteur (le donateur), mais qu'ils n'invoquent point à ce titre pour repousser une disposition par lui faite. Par cela même, d'ailleurs, qu'ils traitent sur la foi personnelle du donateur, on ne saurait nier leur grand intérêt à connaître les libéralités qu'il a pu souscrire.

340. — La difficulté se réduit donc, dans cette délicate matière, à dégager et à faire ressortir la qualité de *tiers* que nous assignons ici au créancier de l'ascendant donateur dans ses rapports avec les descendants ses donataires. Nous reconnaîtrons même volon-

tiers qu'il ne suffira pas, ainsi que le proclament les motifs d'un arrêt de la Cour régulatrice du 23 novembre 1859, « que les créanciers chirographaires justifient *d'un intérêt* à se prévaloir du défaut de transcription pour pouvoir user du droit que consacre l'art. 941 » (Devil., LXI, I, 85); non, ce n'est pas assez : il faut que cet intérêt se distingue de celui du donateur de qui le créancier le tient, qu'il s'en détache et s'en montre indépendant par sa manière de s'exercer. Cette sorte de séparation et d'indépendance ne pourra résulter que d'une espèce de contradiction vis-à-vis de ce donateur, que d'un acte d'exécution vis-à-vis de celui-ci, ou bien d'une attaque dirigée contre la donation même, comme faite au détriment de ses droits.

Si donc le droit que le créancier tient de l'ascendant donateur, son débiteur, a été mis en mouvement par une saisie immobilière, soit même par une simple saisie-brandon, portant sur les biens donnés avant toute transcription de cette donation, ce créancier sera recevable à opposer ce défaut de transcription à la demande en distraction des immeubles, ou des fruits saisis, formée par les descendants donataires dans les lots desquels se trouveraient ces biens (Cass., 7 avr. 1841; Devil., XLI, I, 393).

De même encore, en cas d'attaque par le créancier de la donation-partage, comme faite en fraude de ses droits, les descendants donataires dont la transcription se placerait entre la naissance de la créance et l'action du créancier ne seraient pas recevables à prétendre que, leur titre étant *antérieur* à celui du créan-

cier, celui-ci doit être repoussé de son action révocatoire. Il leur serait répliqué avec avantage qu'ici le créancier est manifestement un *tiers,* luttant contre son débiteur plus encore que contre les donataires, ses ayant-cause, et qu'en ce qui le concerne, la donation-partage n'a pris naissance que du jour de sa transcription.

341. — Nous venons de raisonner comme si l'ascendant donateur ne comptait parmi ses donataires que des personnes majeures et maîtresses de leurs droits, ne se devant reposer que sur elles seules du soin de la transcription de la donation-partage. Nous avons reconnu que ni l'ascendant donateur, ni ses successeurs à titre universel, ni même ses légataires à titre particulier, ne seraient recevables à opposer à ces donataires le défaut de cette transcription, sans conséquence comme sans utilité pour eux; que les autres successeurs du donateur et ses créanciers seraient seuls autorisés à s'en prévaloir contre les donataires.

Ces solutions seront encore les mêmes si, au nombre des descendants donataires, se trouvent des mineurs dont l'ascendant donateur a l'administration légale ou la tutelle, des interdits également confiés à sa tutelle, des mineurs émancipés dont il a la curatelle, des enfants ou descendants placés temporairement dans un asile d'aliénés dont l'administration provisoire lui incombe également. Ici encore l'ascendant donateur, ses successeurs à titre universel et ses légataires particuliers seront seuls irrecevables à opposer le défaut de transcription, à se faire un titre contre les

donataires d'une négligence imputable au donateur chargé de remplir cette formalité à leur place. Quant aux autres successeurs à titre gratuit ou onéreux et aux créanciers hypothécaires ou chirographaires, ils conserveront, comme dans les précédentes hypothèses, le droit d'opposer l'inobservation de la formalité.

342. — Nous n'avons point à nous dissimuler ce que cette interprétation a de contraire à la lettre de l'article 941, refusant sans distinction aux personnes « chargées de faire faire la transcription, ou à leurs *ayant-cause*, » le droit d'opposer l'inobservation de cette formalité. Si sérieuse qu'elle nous apparaisse à première vue, la difficulté n'a pourtant rien de réel : elle roule tout entière sur le sens à attacher à ces expressions *ayant-cause* employées par le législateur. Elles ne sauraient avoir ici, plus qu'en aucune autre disposition législative, une signification invariable et absolue; celle qu'il convient de leur donner se trouve nécessairement subordonnée à l'esprit de la règle qu'il s'agit d'appliquer, mais bien plus encore à la position des personnes, pris égard à l'application de cette règle. Celle des successeurs à titre particulier et des créanciers dont il est ici parlé se présentant « sous des aspects différents, selon la nature diverse des droits qu'ils peuvent invoquer ou de l'intérêt qu'ils peuvent chercher à faire prévaloir, » ils devront nous apparaître, tantôt comme des *tiers*, tantôt comme les *ayant-cause* de leur auteur ou de leur débiteur.

L'application de ces données nous conduit à une distinction — si elle n'est pas dans le texte, elle est assurément dans l'esprit de la loi, — entre l'hypothèse objet de notre examen actuel, où les successeurs à titre particulier de l'ascendant donateur, tenu de requérir la transcription de la donation-partage, poursuivent pour inobservation de cette formalité la nullité de cette donation dont le maintien serait préjudiciable à leurs intérêts, et celle où la donation dont il s'agit ne procède pas de la personne même dont ces successeurs à titre particulier tiennent leurs droits.

Dans le premier cas, ces successeurs particuliers ou créanciers sont des *tiers* respectivement à l'ascendant donateur chargé de requérir la transcription de la donation dont la nullité est poursuivie par eux, et ils restent, par cela même, en dehors de l'exception de l'art. 941. Ils sont, dans le second, les *ayant-cause* de la personne tenue à la transcription, et tombent, par cela même, sous l'application de cette exception.

Des exemples faciliteront la démonstration de cette double proposition :

C'est un père (ou une mère) qui fait partage entre vifs à ses enfants mineurs restés sous sa puissance, ou bien encore un père (ou une mère) qui dispose, dans la même forme, au profit de ses enfants mineurs ou interdits dont la tutelle ou la curatelle lui est confiée, ou bien enfin qui comprend dans sa distribution un enfant placé temporairement dans un asile d'aliénés et dont il a l'administration provisoire. La donation a été régulièrement acceptée, mais une formalité reste

à remplir : la transcription de cette donation. L'ascendant donateur est en faute ; il ne pourra pas opposer personnellement l'inaccomplissement de la formalité. Mais voici qu'après avoir disposé en faveur de ses descendants de l'universalité de ses biens avec réserve d'usufruit, il vend l'un des immeubles compris dans son partage à une tierce personne, ou le lui attribue par donation à titre particulier, ou, plus simplement encore, lui consent une hypothèque sur ce bien : cette personne sera-t-elle recevable à opposer le défaut de transcription pour faire tomber le partage qui gêne l'exercice de son droit ? Nous répondons affirmativement, parce que, dans l'occurrence, cette personne est un *tiers* et non pas l'*ayant-cause* du donateur qui est en faute. En effet, lorsqu'elle oppose le défaut de transcription de la donation que son auteur ou débiteur avait pour obligation de faire transcrire, que se propose-t-elle ? de faire tomber une disposition dont le maintien serait l'anéantissement ou l'amoindrissement de ses droits. Fait-elle emprunt pour le succès de sa cause d'aucun moyen personnel à son auteur ou débiteur ? Non : elle agit *jure suo*. Comment, en pareille situation, dans cette lutte d'intérêt engagée entre les descendants donataires et elle, serait-il possible de la considérer comme l'*ayant-cause* de l'ascendant donateur ! Il importe peu que le donateur soit en faute, puisqu'elle ne le représente pas, en ce qui touche l'accomplissement de l'obligation qui lui était ici particulièrement imposée, et qu'elle n'est pas tenue de ses engagements en général, comme le serait un succes-

seur universel. (V. civ., Cass., 4 janv. 1830; Sir., XXX, I, 52.)

Supposons, au contraire, un ascendant comptant au nombre de ses descendants copartagés une femme mariée; la donation a été régulièrement acceptée avec l'autorisation de son mari à qui il restait une dernière formalité à remplir, la transcription de cette donation qui comprenait des immeubles. Il a omis par négligence ou par dol l'accomplissement de cette formalité; plus tard, il acquiert à titre onéreux de l'ascendant, son beau-père, un immeuble mis au lot de sa femme, ou bien encore il est constitué donataire à titre particulier de cet immeuble, ou bien enfin il devient tout simplement créancier du donateur : ce mari entend-il opposer personnellement le défaut de transcription pour faire tomber la donation-partage, il sera repoussé par la maxime : *quem de evictione*... L'accomplissement de la formalité était au nombre de ses charges; tenu à la réparation du tort occasionné à sa femme par son inobservation, il sera éconduit. C'est l'un des cas rentrant dans l'exception écrite dans l'article 941. En voici un autre :

Le mari a vendu lui-même à une tierce personne l'immeuble qu'il tenait du donateur, ou bien il en a fait l'objet d'une libéralité au profit de cette personne, ou bien lui a conféré un droit de créance sur cet immeuble : ce nouveau successeur à titre particulier ou créancier du mari sera-t-il recevable à opposer à la femme avec laquelle il est en conflit d'intérêt le défaut de transcription de sa donation-partage? Non. Pour-

quoi? parce que, ne tenant rien personnellement de l'ascendant donateur, il est obligé pour faire tomber la donation-partage, ouvrage de celui-ci, de venir par représentation du mari, son auteur ou débiteur, de passer par l'intermédiaire de celui-ci de qui procède son droit, de se substituer à lui, en quelque sorte, pour établir que le défaut de transcription de la première donation avait légitimé aux mains de celui-ci l'acquisition des droits de propriété ou autres qu'il avait faite de l'ascendant sur les biens compris dans cette donation. Ce nouveau rôle du successeur à titre particulier de la personne chargée d'assurer la transcription aurait-il donc rien qui ressemblât à celui d'un *tiers*? Non; c'est incontestablement en qualité d'*ayant-cause* de cette personne qu'il agit. Or, comme il ne saurait avoir plus de droits que son auteur irrecevable à se prévaloir de l'inobservation d'une formalité devant amener chez lui les conséquences ordinaires de l'art. 1382 du Code civil, il ne pourra pas l'opposer davantage: c'est le second cas d'exception de l'article 941. (V. Agen, 15 déc. 1851; Dall., LII, II, 88; Paris, 2 janv. 1854; Devil., LIV, II, 7.)

343. — Formalité essentielle pour l'efficacité de la donation à l'égard des tiers, la transcription ne saurait être suppléée. On prétendrait vainement, de la part des bénéficiaires, que la libéralité est parvenue par d'autres voies à la connaissance de ceux qui invoquent son omission. (Comp. Aubry et Rau, V, p. 90, note 33.)

344. — La rigueur de ces déductions appelle ici, à titre de réciprocité, une autre solution que nous em-

pruntons à MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, *l. c.*, note 32). Si le tiers qui excipe du défaut de transcription avait colludé avec l'ascendant donateur, à l'effet d'anéantir ou de restreindre les effets de la donation-partage; si l'acte constitutif des droits pour le maintien ou l'exercice desquels il oppose le défaut de transcription était le résultat d'un concert frauduleux arrêté entre eux, il y aurait lieu de l'écarter, par application des art. 1167 et 1382 combinés. La fraude, en effet, fait exception à toutes les règles.

345. — La transcription de la donation n'étant pas moins essentielle à son efficacité, respectivement aux tiers, que ne l'est son acceptation en ce qui regarde les parties elles-mêmes, la loi les met ici sur le même plan en ce qui touche les conséquences de leur inaccomplissement relativement aux personnes à qui cette inobservation fait grief. Les incapables ne sont pas plus restituables, en effet, contre l'omission de l'une de ces formalités substantielles qu'ils ne le seraient contre celle de l'autre, sans préjudice toutefois du recours de ceux-ci contre les personnes chargées de protéger leur faiblesse, et sans que l'inefficacité de ce recours puisse leur jamais fournir un moyen extraordinaire de restitution (942).

346. — L'inefficacité de ce recours ne se produira qu'assez rarement d'ailleurs dans la donation-partage, par la raison que, le plus souvent, les descendants donataires trouveront dans leur position personnelle vis-à-vis du donateur le principe d'une hypothèque légale pour sûreté de leur action en responsabilité.

Presque toujours les mineurs ou les interdits compris au partage seront sous la tutelle de l'ascendant, et l'hypothèque qu'ils tiennent de la loi portera sur tous les biens de celui-ci, sans distinction de ceux compris dans la donation et de ceux par lui réservés, sans même en excepter ceux concédés aux tiers qui opposent le défaut de transcription, lesquels se trouveront primés par la créance de ces donataires (2121-2135). L'absence de la garantie spéciale dont il est ici parlé se bornerait aux seuls cas où le partage s'adresserait à des enfants mineurs sous puissance de parents ou à des mineurs émancipés, la curatelle ne comportant pas plus l'hypothèque légale que l'administration des père et mère durant le mariage.

347. — Il résulte de l'observation qui précède que, dans les hypothèses auxquelles elle s'applique, le droit d'opposer le défaut de transcription devient à peu près illusoire pour les successeurs à titre particulier de l'ascendant : résultat singulier, d'apparence contradictoire même, qui a fait mettre en doute l'exactitude du principe (M. l'avocat général Tarbé dans ses conclusions à l'occasion de l'arrêt de cassation dont il va être parlé).

La critique est sans fondement. Le principe ! il se défend par les raisons que nous en avons déjà données, tirant un appui considérable d'une décision de la Cour suprême en date du 10 mars 1840 (Dall., XL, I, 154), où nous trouvons un puissant argument d'analogie. Voici l'espèce : De Langrenier avait constitué à sa femme par contrat de mariage un immeuble en usu-

fruit seulement. Plus tard, il avait vendu cet immeuble à un tiers en toute propriété ; la transcription du contrat portant donation avait été négligée. A la mort de son mari, la femme avait fait liquider son indemnité, et, pour s'en payer, elle avait exercé des poursuites contre des tiers détenteurs d'immeubles de son mari restés en dehors de la donation qui lui avait été souscrite. Elle soutenait que ces tiers étaient tenus hypothécairement, à raison de l'indemnité dont elle avait été reconnue créancière contre son mari responsable envers elle du défaut de transcription (arrêt de la Cour de Poitiers, qui repousse le moyen; arrêt de la chambre civile, qui casse).

348.—L'un des annotateurs de ce dernier arrêt fait justement observer que la contradiction signalée dans les conséquences de sa décision n'est qu'apparente. Ces conséquences sont, en effet, d'une conciliation facile. Sans doute, la donation était, à défaut de transcription, inexistante à l'encontre des tiers détenteurs, et, comme *donataire*, la femme était sans action contre eux. Nul n'aurait pu leur contester le bénéfice de cette position ; et, déliés qu'ils étaient de ce côté, ils conservaient le droit de contester soit l'existence même de la créance que la femme prétendait avoir contre son mari, en soutenant par exemple, ainsi que le permettent ces expressions de l'art. 942, *s'il y échet*, que le défaut de transcription ne lui était pas imputable; qu'il n'avait rien négligé pour sa réalisation ; qu'il en avait été empêché par un cas de force majeure ou autrement, soit seulement l'efficacité de l'hypothèque par suite de

la purge ou même de sa réduction à des immeubles autres que ceux auxquels on s'attaquait. Hors de ces cas particuliers, la donation non transcrite, bien qu'inopposable aux tiers, ne s'en était pas moins trouvée parfaite entre le donateur et la donataire, indépendamment de toute transcription. Elle avait donc conféré à celle-ci des droits ou une créance sur les biens du mari responsable de son inaction, droits qui, résultant du contrat de mariage, avaient été conservés par l'hypothèque légale de la femme : dès lors, et en vertu de cette hypothèque, celle-ci avait dû être admise à recourir contre les acquéreurs des biens de son mari, non plus comme donataire, mais comme créancière.

349. — A l'occasion de l'arrêt en question, dont la doctrine est aussi sûre qu'elle est d'une application certaine à notre matière, il s'est formé une opinion intermédiaire, qu'à notre estime, rien ne saurait justifier : c'est celle de M. Troplong, distinguant entre le cas où l'action a pour objet, comme dans l'espèce de notre arrêt, des immeubles autres que ceux compris dans la donation, et celui où elle s'attacherait à l'immeuble donné, pour lui laisser son cours dans le premier cas et le lui refuser dans le second.

Sur quoi se fonderait pareille distinction? Sur ce que la donation non transcrite n'est pas opposable au tiers détenteur de l'immeuble donné, nous répond le savant auteur. Serait-ce donc qu'elle le serait davantage aux détenteurs des autres biens? Non. Pourquoi, dès lors, l'hypothèque légale accordée à la femme

pour la garantie de son recours épargnerait-elle l'un plus que les autres ?

350. — Quoi qu'il en soit de ces dissidences, un point demeure solidement établi : c'est que les mineurs, les interdits, les femmes mariées appelés au partage d'un ascendant, sont autorisés à réclamer, à titre de dommages-intérêts, contre leurs tuteurs, ou maris, la valeur des biens qui leur sont attribués par ce partage, chaque fois que la délivrance leur en est refusée à raison du défaut de transcription de l'acte qui le contient. C'en est assez pour qu'en cas de fallite ou de déconfiture de l'ascendant donateur, les copartagés évincés soient, à défaut de tous titres de préférence, admis à concourir au marc le franc de leurs créances avec tous les autres créanciers chirographaires sur les biens de la masse.

351. — Nous avons déjà remarqué, qu'à la différence de l'ordonnance, qui en avait des dispositions distinctes, l'art. 942 assimile l'acceptation à la transcription, et déclare les incapables irrestituables contre les effets de l'omission de l'une aussi bien que contre ceux de l'omission de l'autre. L'assimilation n'est cependant pas si complète que la responsabilité applicable pour défaut d'acceptation se doive étendre aux mêmes personnes que celle pour défaut de transcription. Combien ont charge de faire transcrire le partage entre vifs à qui ne sauraient être imposés le devoir et la responsabilité de l'acceptation ! L'ascendant chargé de la tutelle ou de l'administration légale ne saurait accepter le partage par lui fait à ses enfants mineurs ou interdits ; il

n'en reste pas moins tenu de requérir la transcription. Tant que l'acceptation n'est pas donnée, cet ascendant a incontestablement le droit de se rétracter. Ne serait-ce pas la négation de ce droit que de le rendre responsable du défaut d'acceptation ou, ce qui revient au même, de n'avoir pas fait toutes démarches nécessaires à l'effet d'en assurer la réalisation? Mais, l'acceptation une fois faite, il trouve dans ses obligations d'administrateur celle de faire transcrire.

352. — Les conséquences du renvoi de l'art. 1076 aux formalités des donations, en ce qui touche la formation du partage entre vifs, devaient avoir leur corrélatif. Si toutes et chacune de ces formalités y sont nécessaires, il devait être entendu que leur observation suffirait, sans qu'il fût besoin d'en emprunter aucune autre, sous ce premier rapport, au titre *Des Successions*. C'est ce qu'ont proclamé la jurisprudence et les auteurs, en décidant que les formalités prescrites pour les partages ordinaires auxquels des mineurs sont intéressés, sont sans application aux partages d'ascendants ; que, lorsqu'ils revêtent la forme des donations entre vifs, ces partages peuvent être acceptés au nom des copartageants mineurs par leur tuteur commun autorisé du conseil de famille, sans qu'il soit nécessaire de recourir pour chacun d'eux à la nomination d'un tuteur *ad hoc* comme dans les partages ordinaires, au désir de l'art. 838.

De cette décision la Cour de Besançon (16 janv. 1846; Dall., XLVII, II, 127) donne cette excellente raison que, de même que, dans notre ancien droit,

le partage d'ascendant avait toujours été assujetti à des formes spéciales, de même la législation actuelle admet pour ces sortes de dispositions des principes particuliers qui les différencient des partages du droit commun; que l'art. 1076, en statuant que le partage d'ascendant pourra être fait par acte entre vifs ou testamentaire avec les formalités particulières à ces dernières dispositions, n'a pu vouloir les astreindre qu'à celles tracées dans les articles qui les concernent; que la première conséquence de cet état de choses doit être assez naturellement l'exonération pour les enfants ou descendants au profit desquels a lieu le partage entre vifs, ou ceux qui les représentent, du recours pour l'acceptation de ce partage à toutes autres formes que celles requises pour les donations; que, l'art. 935 se contentant, pour celle de la donation faite à des mineurs, de l'intervention de son tuteur autorisé du conseil de famille, il ne saurait être nécessaire de recourir au cas particulier, à la disposition de l'art. 838 ne statuant que pour les partages ordinaires.

353. — C'est par une première application de ces principes que nous avons été amené à décider sous le numéro 204, en nous fondant sur un arrêt de la Cour de Nîmes, du 22 mars 1839, que le tuteur est exonéré, pour l'acceptation du partage entre vifs fait entre ses enfants par un ascendant d'un degré supérieur, de l'autorisation du conseil de famille; que nous décidons ici, avec la Cour de Grenoble (11 janv. 1864; Dall., II, 57) (1),

(1) Il faut se tenir en garde contre la notice de cet arrêt, qui, prise au pied de la lettre, mènerait à l'erreur. Il n'y est question

que la *mère* tutrice peut valablement accepter pour son pupille la donation-partage qui lui attribue des immeubles et des meubles à charge de soulte ; que cette « soulte, ne pouvant être assimilée à une aliénation, » ne constitue qu'une charge personnelle presque inséparable du pacte de famille dont il s'agit.

C'est par une autre conséquence des mêmes principes que le partage d'ascendant ne saurait être assujetti non plus aux formalités sans l'accomplissement desquelles l'art. 466 le répute provisionnel. Prétendre que ce partage reste soumis aux règles et aux formalités prescrites par la disposition législative dont il s'agit pour le cas où l'un des enfants ou descendants est mineur, ou interdit, ce ne serait pas seulement, ainsi que M. le conseiller Mesnard en faisait l'observation dans le rapport qui a préparé l'arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 4 mai 1846 (Dall., XLVI, I, 129), méconnaître complétement la nature et le but du partage d'ascendant ; ce serait en interdire l'exercice aux parents chaque fois qu'il se trouverait un mineur ou un interdit au nombre de leurs héritiers présomptifs, conséquence tout à fait inadmissible dans le silence du Code au sujet d'une exception si grave.

C'est l'ensemble de ces immunités qui fait du partage d'ascendant cette institution d'un ordre particulier, que nous avons précédemment qualifiée, et dont l'un des plus précieux avantages est précisément d'épar-

que du tuteur. Ce n'est qu'en lisant l'arrêt qu'on s'aperçoit qu'à la qualité de tutrice se trouvait jointe celle de mère. C'est précisément la réunion de ces qualités qui dispense l'acceptation de l'autorisation de la famille.

gner aux héritiers frappés d'incapacité les lenteurs et les frais de procédure, cortége nécessaire des partages ordinaires entre personnes de cette qualité. C'est dans la seule affection des parents pour leurs enfants, et dans l'intérêt qu'ils prennent à l'avenir de leur descendance, que le législateur fait résider les garanties offertes aux incapables.

354. — Constatons cependant que, bien différent des dispositions ordinaires à titre gratuit, où le gratifié a tout à gagner et rien à perdre, le partage d'ascendant, auquel s'attache chacune des conséquences d'un partage ordinaire, qui fixe définitivement la part de chaque enfant dans la succession, c'est-à-dire dans un patrimoine sur lequel les lois naturelles et civiles lui avaient déjà assigné des droits, aurait semblé réclamer des garanties plus grandes que les actes de libéralités du droit commun. Il est honorable, sans doute, de supposer que l'impartialité du chef de la famille n'éprouvera jamais de défaillance; mais que de mécomptes dans la pratique! (Comp. n[os] 76 et suiv.)

355. — De la faculté pour l'ascendant de ne comprendre dans sa distribution que portion de ses biens, et de la possibilité d'en acquérir de nouveaux dans la suite, naît pour lui le droit d'en multiplier les actes, sans distinction des formes par lui adoptées, soit que tous aient lieu dans celle des donations ou des testaments, soit, au contraire, que l'une ou l'autre de ces formes fixe alternativement sa préférence. (Comp. n° 232.)

356. — De même, l'obligation pour le père de famille

de n'omettre aucun de ses héritiers présomptifs dans sa répartition ne saurait exclure chez celui-ci la possibilité de constituer le partage dans ses conditions légales par plusieurs actes séparés, à la condition, cependant, si ces actes empruntent la forme de la donation, que l'acceptation de tous et de chacun en particulier des intéressés porte sur l'ensemble de l'opération.

Supposons donc qu'après une première disposition en faveur de l'un de ses enfants ou descendants, un ascendant en fasse une nouvelle en faveur de tous les autres, ou même plusieurs dispositions distinctes au profit de chacun de ces derniers. Il a déclaré vouloir user, en cela faisant, de la faculté accordée par les art. 1075 et suivants de notre Code. C'est le partage de ses biens qu'il a entendu faire à ses héritiers présomptifs. Nous supposerons même, si l'on veut, qu'il n'a omis aucune portion de son patrimoine dans la distribution qu'il en a faite. Rapproché de ceux qui l'ont précédé, le dernier acte renferme la distribution de l'entière succession, de manière à prévenir tout sujet de contestation dans la famille après le décès de son chef. Ne sont-ce pas là toutes les conditions de validité du partage d'ascendant? Qu'y pourrait-il manquer encore?

Il n'y manquera rien si les dispositions revêtent la forme testamentaire. Pour celle-ci, en effet, le consentement des descendants n'est pas nécessaire; et comme, d'un autre côté, les testaments ne se doivent ouvrir qu'à la mort de leur auteur, ceux-ci, quoique

distincts en la forme, se confondront tous à ce moment dans un effet commun. On objecterait vainement que ces dispositions ne constituent que de simples legs : la déclaration de volonté de leur auteur protesterait ouvertement.

Est-ce par voie de donations, au contraire, qu'a procédé l'ascendant? La situation change : rien ne se peut plus réaliser qu'avec le concours des volontés des descendants ; et comme le partage est une opération essentiellement collective, se composant d'un ensemble d'attributions unies par les liens d'une commune dépendance, il sera nécessaire que chaque enfant reçoive communication de tous les actes séparés contenant les apportionnements de ses coïntéressés aussi bien que de celui qui lui est propre, et qu'à tous il donne son adhésion à charge de réciprocité.

357. — Ce n'est pas que l'hypothèse soit de nature à se présenter souvent. Le plus ordinairement, en effet, l'ascendant procédera par une seule et même disposition attribuant à chaque descendant sa part toute faite. Il lui sera cependant permis d'atteindre le même résultat au moyen de deux dispositions distinctes contenues dans un même acte, ou même dans deux actes séparés, et attribuant, la première, tout ou partie de ses biens indivisément à tous ses descendants indistinctement, et les leur distribuant ensuite par la seconde, se rattachant à la première par un lien intime, de manière à ne former, dans la commune intention des parties, qu'un seul tout. Il serait même assez indifférent, en ce cas, que la division parût avoir été effec-

tuée par les enfants eux-mêmes sous la direction de l'ascendant.

La jurisprudence n'a pas hésité à voir, dans l'une aussi bien que dans l'autre de ces hypothèses, tous les éléments du partage d'ascendant. Ces actes, en effet, préviennent l'indivision entre les copartagés, et l'on ne pourrait, sans une subtilité indigne d'une discussion sérieuse, les scinder en deux parties pour refuser à la première, considérée isolément, les caractères d'un partage. La libéralité et la répartition des valeurs données entre les enfants gratifiés sont bien, en effet, l'œuvre exclusive de l'ascendant donateur, nonobstant *le concours de ses enfants à l'acte.* Les donataires n'ayant donc jamais été en état d'indivision, ce n'est pas d'eux que procède la répartition qui s'en fait, et s'il s'en trouve quelques-uns pour qui le partage du droit commun ne se pourrait réaliser qu'au moyen de l'accomplissement de certaines formalités, celui dont il est ici question en serait affranchi.

357 *bis.* — Une observation reste à faire : si le concours des descendants à la répartition des biens ne s'était pas borné à l'émission d'un simple avis sollicité par l'ascendant au sujet de la composition des lots, et pour mieux assurer la stabilité du partage ; s'ils y avaient joué un rôle actif et tout personnel, la solution serait différente. Si, après avoir reçu indivisément les biens de l'ascendant, les bénéficiaires s'en faisaient la libre distribution, l'opération ne présenterait que les caractères du partage ordinaire, eût-il eu lieu en présence et du consentement exprès du dona-

teur. (Comp. civ: rejet, 16 janvier 1867; Lyon, 23 mai 1868; Colmar, 10 mai 1865; req. rejet, 24 juin 1872; Dall., LXVII, I, 153; LXIX, II, 112; LXX, V, 261; LXXII, I, 472.)

358. — C'est par une application aussi intéressante que juridique des principes qui viennent d'être exposés que la Cour suprême a jugé, le 4 juin 1849, par cassation d'un arrêt d'Amiens, que si certains des immeubles compris au partage sont reconnus impartageables, la femme dotale est autorisée à recevoir dans son lot des sommes d'argent, sans qu'il y ait lieu de procéder à la licitation de ces immeubles, conformément à l'art. 1558 du Code civil, cette femme n'en ayant jamais eu la copropriété par indivis (Dall., XLIX, I, 307).

Toujours est-il, c'est le point à noter, que, dans les diverses hypothèses qui viennent d'être examinées, aucun état d'indivision n'existe entre les enfants gratifiés des biens à eux attribués.

359. — Bien différent le cas où, se bornant à un abandon pur et simple de ses biens à ses enfants, dans la proportion de leurs droits héréditaires, le chef de famille s'abstient de tout règlement des parts revenant à chacun, et les laisse dans un état de complète indivision.

Nul doute, d'abord, que pareille disposition ne soit dans son droit. Il n'était pas besoin d'un texte spécial pour l'autoriser, car elle ne présente qu'une application ordinaire des principes généraux de la matière.

L'abandon d'ascendant à descendants se peut donc

aujourd'hui, comme dans notre ancien droit, faire de deux manières différentes : il peut être accompagné de partage, et dans ce cas les biens qui en font l'objet arrivent à chaque bénéficiaire tout partagés; il peut être pur et simple et sans partage, et alors les descendants donataires reçoivent ces biens indivis et *confus*. C'est à la première hypothèse que se réfèrent manifestement les art. 1075 et suivants. La seconde ne peut être régie que par le droit commun, c'est-à-dire par les règles écrites pour les donations entre vifs faites en avancement d'hoirie, et pour les partages ordinaires. Si l'une présente l'application du pouvoir reconnu aux ascendants de disposer à titre de partage, nous ne saurions apercevoir dans l'autre que l'exercice du droit plus général de disposer à titre gratuit dans les termes du droit commun. Il y a donation simple de biens indivis dont les descendants auront à faire le partage eux-mêmes, soit du vivant de l'ascendant, soit après sa mort; sans formalité de justice, si tous sont majeurs et maîtres de leurs droits; avec ces formalités, au contraire, s'il y a parmi eux des incapables. Il y aura immédiatement ouverture aux actions *en garantie*, *en nullité* ou *en rescision*, tandis qu'en partage d'ascendant, ces effets sont toujours et nécessairement réservés pour l'époque de l'ouverture de la succession. (V. *inf.*, n°s 627 et suiv.)

Inutile d'ajouter que les causes de nullité ou de rescision ne seront autres que celles des partages ordinaires; que si, conséquemment, l'un des descendants, après avoir été gratifié par l'ascendant de son dispo-

nible, retirait encore du partage un excédant de part n'atteignant pas les proportions d'une lésion de plus du quart au préjudice de l'un de ces copartageants, ce partage resterait inattaquable, tandis qu'il en serait autrement si on lui appliquait les règles de notre partage d'ascendant (art. 1079, § 2).

Une dernière observation, non moins digne de remarque, c'est que, ne s'agissant ici que d'un partage entre communistes, et non plus d'un partage de succession, on n'en pourrait écarter, au cas où il n'aurait lieu qu'après décès du donateur, ceux à qui manquerait le titre d'héritiers par renonciation ou autre cause.

360. — Cette distinction entre l'abandon de biens avec assignation de parts et l'abandon pur et simple, que nous fondons sur les termes mêmes de la loi et sur la raison déterminante du partage d'ascendant, nous est formellement contestée.

Il importerait peu, aux termes d'une jurisprudence à peu près constante et d'une doctrine qui compte de savants interprètes, que la donation du père aux enfants contînt attribution d'une part déterminée au profit de chacun d'eux. Il ne serait pas de rigueur, pour qu'il y eût partage d'ascendant dans les termes de l'art. 1075 et de la loi du 16 juin 1824, que ce partage fût matériellement effectué : il suffirait « qu'il résultât des faits et circonstances qui ont accompagné la donation qu'*elle contînt virtuellement un partage* » (req., 28 avril 1829; ch. civ., 26 avril 1836; Sir., XXIX, I, 186; XXXVI, I, 499; req., 29 mars et 10 août 1831, 11 avril 1838; Dall., *R. A., l. c.*, nos 3934 et suiv.).

« Supposons, nous dit M. Demolombe, qu'aucune division matérielle des biens donnés n'a été faite, ni par l'ascendant lui-même, ni par les enfants, avec le concours de l'ascendant. Celui-ci s'est borné à donner ses biens collectivement à ses enfants, dans la proportion de leurs droits héréditaires futurs, et le résultat de la donation est que les voilà tous ensemble copropriétaires par indivis des biens donnés. N'est-ce plus là qu'une donation simple et ordinaire? est-ce, au contraire, encore un partage d'ascendant, auquel il faille appliquer les art. 1075 et suivants? » (XXIII, n° 54).

Tout en résolvant cette dernière question par l'affirmative, le savant auteur est obligé de mettre à sa solution des réserves fort compromettantes pour le principe même d'où il la fait découler.

Il est d'évidence, en effet, ainsi que nous le concède M. Demolombe, qu'on ne saurait appliquer, dans ce cas, ni l'art. 1076 ni l'art. 1079, les deux plus importants de la matière : l'art. 1076, réglant les conditions de forme et de capacité, parce que « le partage, qui aura lieu plus tard de ces biens, qui sont là désormais indivis entre les enfants, sera certainement soumis aux formes du droit commun, car il n'est plus qu'un partage ordinaire; que, par exemple, il devra être fait en justice s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits. » L'art. 1079, réglant les effets et les causes de rescision du partage quand il émane de l'ascendant lui-même, parce que « ces effets, de même que les actions en rescision auxquelles il serait soumis et le point de départ

de la durée de ces actions, seront aussi réglés par le droit commun. »

Après ces concessions, qu'est obligé de nous faire M. Demolombe, que reste-t-il encore? Il reste, nous dit le savant auteur, en droit civil l'art. 1078, en droit fiscal l'art. 3 de la loi du 16 juin 1824. Ce sont ces articles dont on entend faire l'application à la donation collective de l'ascendant à ses descendants.

Sur quoi se fonderait donc la distinction ? où serait la raison d'accorder à l'enfant *omis* dans la donation en question une action *en nullité* de cette donation, plutôt qu'une simple action *en réduction*, au désir du droit commun, à l'effet d'obtenir sa réserve ? ou serait celle d'accorder à pareille disposition la modération du droit proportionnel de mutation que la loi a établie en faveur des seuls partages d'ascendants?

Si l'on est forcé de reconnaître que la disposition ne constitue qu'une *donation simple* quand il s'agit de lui appliquer les art. 1076 et 1079; qu'aux points de vue de ces deux dispositions législatives, cette donation doit être régie par le droit commun des donations, comment, sans arbitraire, lui reconnaître un caractère différent, celui du *partage*, quand il s'agit de l'envisager dans ses rapports avec l'art. 1078 et la loi de 1824? Nous avons peine à comprendre qu'un même acte se puisse prêter à de pareils accommodements, que sa nature puisse changer suivant le point de vue duquel on l'envisage.

Serait-ce que le texte et l'esprit de la loi ne seraient pas d'accord pour repousser la distinction proposée?

Ce que réglementent les art. 1075 et suivants, en effet, qu'est-ce autre chose que la disposition par laquelle les ascendants font entre leurs enfants la *distribution et le partage* de leurs biens ! Ce n'est pas seulement de l'art. 1075 que découlent ces conséquences. Elles s'induisent encore de la rubrique même sous laquelle se trouve placé cet article, nous parlant *de partages* faits par les père et mère... La pensée du législateur maintenant ! Serait-elle donc entourée de plus d'obscurité? n'avons-nous pas vu qu'à toutes les époques de la législation le partage d'ascendant se proposa principalement de prévenir les difficultés auxquelles l'indivision sert de prétexte ? Cela posé, il ne reste plus qu'à se demander si *l'état d'indivision* dans lequel la disposition faite collectivement aux descendants dans la proportion de leurs droits héréditaires laisse ces descendants , constitue un *partage* dans le sens légal du mot. Cette question n'en est vraiment pas une. L'état d'indivision, c'est-à-dire *le contraire du partage*, ne saurait, quoi qu'on fasse et quoi qu'on dise, jamais constituer *la distribution et le partage* dont parle l'art. 1075, auquel se réfère textuellement l'art. 3 de la loi de 1824. Il y a partage à faire ; mais partage consommé dans le sens des art. 1075 et de la loi de 1824, nous le nions absolument. La doctrine contraire ne tend à rien moins qu'à la négation du caractère imprimé aux partages d'ascendants par la législation moderne.

361. — La Cour de cassation objecte vainement que « ni les art. 1075 et suivants, ni l'art. 3 de la loi de 1824, n'exigent impérativement que, dans les actes par

lesquels un ascendant entend faire entre ses descendants *le partage de ses biens*, ce partage se trouve *matériellement* effectué » (arrêts précédemment cités). Il nous sera permis, sans manquer de respect à la haute Cour, de faire remarquer que c'est là une pétition de principe, car la question est précisément de savoir si, en nous parlant de *partage* et *de* DISTRIBUTION, les articles de loi dont il s'agit ont entendu reconnaître l'équivalent du *partage et de la distribution* dont ils parlent dans un état de choses représentant *le contraire* de l'idée qu'ils expriment.

« Sans doute, l'ascendant a le pouvoir d'abandonner ses biens à ses descendants sans en effectuer le partage; car le pouvoir général qu'il a de disposer comprend le droit de disposer sans partage, non moins que celui de disposer à titre de partage. Seulement, s'il dispose de ses biens *sans partage*, sa disposition, cela est trop évident, *n'est plus un partage*... Lorsque le législateur a réglé par le Code civil et favorisé par la loi fiscale de 1824 les donations portant *partage et* DISTRIBUTION de biens, est-ce qu'il entendait par les expressions *partage et* DISTRIBUTION autre chose que ce que tout le monde entend, c'est-à-dire autre chose qu'une opération consistant essentiellement *à diviser les biens et à les répartir entre plusieurs personnes?* Est-il possible de voir un *partage* et une *distribution* dans une donation qui a pour objet une masse restée indivise? Il est manifeste qu'un acte qui attribue des biens par indivis à plusieurs personnes, qui *établit* ainsi *l'indivision* et fait, par conséquent, naître *la né-*

cessité d'un partage ultérieur, est précisément l'opposé d'un partage, c'est-à-dire d'un acte qui attribuerait à ces personnes des biens divisés... »

Ces judicieuses observations, que nous empruntons à M. Genty (V. p. 109) résistent, suivant nous, à la réplique que leur a opposée M. Demolombe.

Suivant le savant maître, de même que notre ancienne jurisprudence reconnaissait deux espèces de démissions de biens, l'une par laquelle le démettant faisait l'abandon de ses biens *sans les distribuer*, l'autre par laquelle le démettant *réglait les parts*, de même notre droit actuel autorise l'ascendant à *distribuer* entre ses descendants les biens dont il se dépouille par anticipation en leur faveur, ou à les laisser entre eux *en état d'indivision*. On reconnaît que les textes que nous avons dû rappeler résistent ouvertement à cette interprétation. Cependant, en pénétrant bien la pensée qui les a inspirés, on se croit autorisé à les considérer comme simplement énonciatifs du cas le plus ordinaire.

Nous n'avons point à nier que l'idée du partage par acte entre vifs a été suggérée aux auteurs de nos Codes par la démission de biens de notre ancien droit. Nous avons nous-même proclamé cette vérité dans une première partie de cette étude (comp. n° 71), où nous avons dû ajouter que de cette institution surannée on n'avait entendu conserver que les avantages, tout en en écartant soigneusement les inconvénients. Or, l'état d'indivision, parfaitement incompatible d'ailleurs avec le *partage* dont l'institution nouvelle prenait le nom,

n'était pas le moindre de ceux qui pouvaient être reprochés à la démission de biens. Comment supposer, en pareille situation, de la part de ceux qui avec nous reconnaissent l'abrogation de cette institution ancienne, qu'on a entendu conserver au *partage entre vifs* qui est venu la suppléer en ce qu'elle avait de bon, celui de ses inconvénients que repousse avec le plus d'énergie le sens naturel attaché à la dénomination qu'il reçoit, quand rien dans les discussions qui ont préparé la rédaction, soit des art. 1075 et suivants, soit de la loi de 1824, n'est venu révéler chez leurs auteurs l'intention de fausser à ce point la signification ordinaire et légale des expressions employées !

Mais, nous dit-on encore, ce que le législateur a voulu plus généralement favoriser et encourager, c'est la démission même, c'est-à-dire l'ouverture anticipée des successions, au moyen de laquelle les biens passent des mains débiles des ascendants aux mains vigoureuses de leurs enfants. Ce raisonnement ne tend à rien moins qu'à faire d'une raison qui n'est que subsidiaire le motif principal et déterminant, laquelle, dans tous les cas, fait absolument défaut dans le partage testamentaire.

Que la considération invoquée ait déterminé le législateur qui supprimait *la démission de biens* à créer deux modalités du partage d'ascendant au lieu d'une seule que reconnaissait l'ancien droit, rien de mieux. Mais il y a loin de cette création à la reconnaissance à l'acte de donation collective en faveur de la descendance

du donateur, sans aucune division entre ses membres, de tous les attributs attachés au vrai partage d'ascendant, c'est-à-dire à l'acte portant de la part de celui-ci *distribution* de ses biens entre ses enfants ou descendants.

Nous dirons pour conclusion, avec la Cour de Rennes (20 mars 1826; Dall., *R. A.*, *l. c.*, nº 4474), qu'il ne suffit pas que l'ascendant ait manifesté le désir et même la volonté que ses biens fussent partagés entre ses descendants; qu'il est nécessaire et de l'essence de tout partage qu'il y ait *distribution* et *division* des biens entre les ayant-droit, assignation d'un lot privatif à chacun d'eux; avec celle de Dijon (20 nov. 1865; Dall., LXVI, II, 86), que « le partage permis au père de famille par les art. 1075 et suivants du Code civil, ayant pour but de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever entre les héritiers sur la distribution de la fortune, doit être réel et immédiat, et qu'on ne saurait donner cette qualification à un acte qui laisse subsister l'indivision entre eux; » avec le savant annotateur de ce dernier arrêt, que, le partage d'ascendant impliquant la réunion de deux éléments distincts, une donation et une *répartition* des biens donnés entre les enfants donataires, si le second de ces éléments fait défaut, si les biens sont laissés dans l'indivision, il n'y a plus qu'une donation pure et simple, il n'y a pas partage d'ascendant, l'idée même de partage impliquant contradiction avec l'état d'indivision des biens donnés.

362. — Pour ceux qui, n'envisageant l'institution

dont nous donnons ici le commentaire qu'au seul point de vue de la démission que fait un ascendant de ses biens, ne tiennent aucun compte de la nécessité de la division matérielle de ceux-ci, il n'y aurait vraiment pas de raison de refuser l'application de l'art. 1078 du Code et de l'art. 3 de la loi de 1824 à l'abandon que ferait un père de tous ses biens à son unique enfant; de repousser conséquemment l'action en nullité du nouvel enfant survenu à l'ascendant postérieurement à cet abandon, pour le renvoyer à se pourvoir par voie de réduction pour l'obtention de sa réserve; d'écarter la demande en modération du droit proportionnel de mutation formulée par le donataire.

M. Demolombe ne dissimule pas que la logique du système qu'il préconise conduit jusque-là. Mais la jurisprudence, justement effrayée de pareilles conséquences, a mieux aimé faire échec à la logique que de les admettre (req., 13 août 1838, 20 janvier 1840; Devil., XXXVIII, I, 715; XL, I, 185). Si les conséquences sont la pierre de touche des systèmes, il ne saurait y avoir de témérité à dire qu'il faut désespérer du principe qui recule devant celles qui en découlent le plus naturellement.

363. — La Cour de Paris a jugé, le 23 juin 1849, qu'en abandonnant leurs biens à leurs enfants sans distribution spéciale entre eux, des père et mère avaient été autorisés à exiger que l'indivision devant résulter de pareille transmission durât pendant cinq ans. De sa décision la Cour donne cette raison « qu'en l'absence de distribution expresse *il avait été suffi-*

samment pourvu aux conditions d'un partage par l'affectation d'une quotité indiquée; que la clause d'indivision n'infirmait pas la validité de la démission de biens, par la raison que pareille clause pourrait, aux termes de droit, être la condition d'un partage entre héritiers » (Dall., L, II, 10).

Ce n'est pas sur la seconde partie des motifs de cet arrêt que portera notre critique. Si l'état même d'indivision dans lequel avaient été laissés les donataires ne résistait ouvertement, suivant nous, à l'idée du partage organisé par les art. 1075 et suivants, nous n'hésiterions nullement à y voir une sorte de partage à terme, n'ayant rien, ainsi qu'il se verra bientôt, que de conforme à la légalité (n° 372).

364. — S'il nous est impossible de reconnaître le partage d'ascendant en l'absence de toute distribution des biens abandonnés; si nous résistons à l'interprétation qui fait sortir pareille disposition de l'état d'indivision matérielle maintenue par le père de famille entre ses descendants, ce n'est pas à dire que nous exigions que tous et chacun des enfants ou descendants en particulier soient immédiatement pourvus d'une part distincte et séparée. Il arrivera souvent que des considérations particulières rendront nécessaire, utile tout au moins pour le plus grand intérêt de la famille, le maintien de l'indivision entre quelques-uns des donataires. Un père a huit enfants; son patrimoine se prête naturellement à la composition de six lots représentant chacun la huitième partie de son avoir. En dehors de cela il lui reste une ferme qui ne saurait

être partagée sans dépréciation, et qui représente le quart de sa fortune. Deux des enfants sont d'accord pour la recevoir en commun. Les principes de la matière se prêteront à pareil arrangement; à bien plus forte raison en serait-il ainsi si, dans l'un des lots, le donateur avait placé la portion lui revenant dans une propriété indivise entre un tiers et lui.

365.—Les principes par nous posés exigent bien moins encore que les parts déterminées par le chef de famille soient affectées immédiatement à ceux qui y ont droit. Il suffit, pour satisfaire au vœu de l'art. 1075, que ces parts soient faites par l'ascendant, avec ou sans le concours de ceux qu'elles intéressent. Il est même aisé de prévoir l'utilité qu'il pourra y avoir, dans la pratique, à en renvoyer le tirage au sort après le décès du donateur. S'il s'en est réservé l'usufruit, ce mode de procéder préviendra chez les descendants toute réclamation au sujet de la manière dont l'ascendant aura joui des biens donnés, des soins ou de la négligence par lui apportés dans leur administration. Pareille clause n'empêche pas les biens donnés d'être acquis divisément aux descendants. Chacun d'eux est, dès à présent, propriétaire de l'un des lots déjà formés. La désignation seule en est ajournée jusqu'à l'époque où s'en devra faire le tirage.

366. — « Les partages d'ascendants pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testaments » (1076). Nous avons dû conclure de cette disposition législative que si le

partage est fait par acte entre vifs, il y a pour lui obligation de revêtir toutes les formalités requises pour la validité des donations entre vifs. Nous en avons tiré cette autre conséquence que si le partage entre vifs se produisait à visage découvert, sous la forme de l'acte sous seings privés, il serait frappé de nullité.

La loi fiscale pourra bien, par des considérations étrangères à notre matière, l'admettre, dans ce cas-là même, au bénéfice de la modération du droit de mutation octroyée par l'art. 3 de la loi du 16 juin 1824 (comp. n° 742); mais au point de vue de la loi civile, la nullité serait radicale : *forma dat esse rei.*

367. — Toutefois, les donations proprement dites ne sont pas toujours et rigoureusement assujetties à l'accomplissement des formalités de l'art. 931 et suivants : les art. 1121 et 1973 les en dispensent formellement quand elles sont l'accessoire d'un autre contrat. Une jurisprudence aujourd'hui constante induit des art. 851, 918 et autres de notre Code la même dispense en faveur de la donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Enfin personne ne met en doute la validité du don manuel. Ces tolérances sont-elles applicables au partage d'ascendant?

Nous n'en saurions douter. Rien dans nos lois ne nous paraît s'opposer à ce qu'un père fasse la distribution de sa fortune entre ses enfants par dons manuels, si la nature des biens qui la compose n'y répugne pas. L'art. 1076, il est vrai, nous parle d'*actes* qui devront être faits dans la forme des donations ou des testaments ; mais cet article ne nous dit pas plus que

l'art. 931 lui-même auquel il nous renvoie, que le partage ne se pourra réaliser *que par acte*. Donc, si la donation ordinaire se peut faire sans acte, il en devra être de même de la donation-partage, l'art. 1076, aussi bien que l'art. 931, ne statuant que pour les cas généraux.

368. — Le partage sera rarement l'accessoire d'un autre contrat. L'hypothèse n'est cependant pas impossible, et nous ne voyons vraiment pas de raison pour empêcher un père, par exemple, qui vend son unique propriété à un tiers de stipuler que le prix en sera payé, dans des proportions par lui fixées, à ses enfants, qui en donnent quittance, et l'acceptent à titre de partage des biens paternels; à charge même, si l'on veut, de rente viagère au profit de l'ascendant vendeur et donateur tout à la fois (1121).

369. — Mais le partage en question peut-il bien être également toléré sous le déguisement d'un contrat à titre onéreux? La solution affirmative a rencontré une contradiction sérieuse.

Un magistrat, poussé par des antipathies que nous ressentons aussi vivement que lui pour la théorie — acceptée pourtant — qui valide la donation déguisée, a fait de louables efforts pour le triomphe de la solution négative. Il a cru en trouver la justification dans la différence des textes. « L'art. 931, écrit M. Théodore Derome, dit simplement : tous *actes* portant donation entre vifs seront passés devant notaires... Mais il ne dit pas que l'acte notarié soit nécessaire pour toute libéralité, pour toute donation. Selon l'art. 1076, au

contraire, les partages d'ascendants *ne peuvent* être faits *que par actes*, et ces actes ne peuvent être faits que dans la forme des donations et des testaments... *Donc, nullité radicale de tout partage qui se produirait sous la forme d'une vente, d'une transaction, ou même sous la forme plus indécise d'un arrangement de famille, d'un règlement d'intérêts entre un père et ses enfants.* »

On ne saurait nier que la conséquence ne ressorte logiquement des prémisses. Mais les prémisses sont loin d'être irréprochables. Nous n'y voyons, quant à nous, qu'une véritable pétition de principes. Nous ne saurions concéder, en effet, que, selon l'art. 1076, les partages d'ascendants *ne peuvent être faits que par actes.* Cet article porte que ces partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires. Nous n'entendons pas prendre ici le mot *pourront* au pied de la lettre, pour n'y voir que l'expression d'une simple faculté. Non; nous lisons la disposition comme s'il y avait: ces partages *seront* faits par *actes entre vifs*... La seule conclusion qu'il nous soit possible d'en tirer, c'est que l'art. 1076, comme l'art. 931, statue pour les cas généraux, les seuls que prévoient d'ordinaire les textes : *de eo quod plerumque.*

A quelles conséquences ne conduirait pas l'interprétation par trop restrictive, croyons-nous, donnée ici à notre art. 1076! Je vois bien que M. Derome paraît ne pas trop reculer devant ces conséquences-là; mais je ne sache pas que, jusqu'à présent, elles aient paru admissibles : le partage manuel, que nous croyons

à l'abri de toute contestation, ne serait pas plus ménagé par l'art. 1076 que celui qui aurait emprunté le déguisement de la vente ou de tout autre contrat à titre onéreux. Même observation en ce qui touche la forme de partage que, tout à l'heure, nous avons cru pouvoir induire des art. 1122 et 1973. Si le partage d'ascendant *ne se peut véritablement réaliser que par actes*, ces actes ne se pouvant faire qu'avec les formalités prescrites pour les donations entre vifs et testaments, la conséquence serait bien, en effet, l'interdiction du partage manuel et de celui qu'on voudrait faire résulter de stipulations que l'ascendant ferait pour lui-même dans un acte ayant un tout autre objet.

Combien n'est-il pas plus naturel de penser qu'en assujettissant le partage entre vifs aux formes de la donation du droit commun, l'art. 1076 a entendu n'excepter aucunes de celles qu'elle est autorisée à revêtir elle-même! Nous ne voyons pas d'autre conséquence à tirer de l'assimilation que fait ici le législateur, quant à la forme, du partage entre vifs et de la donation du droit commun. Ce partage n'est qu'une donation entre vifs, à son principe; c'est pour cela qu'il en doit revêtir les formes ordinaires, sans distinction du cas où elle se fait directement et par actes, de celui où elle a lieu par des voies obliques ou sans acte.

370. — Il est dans la pratique ordinaire du partage entre vifs de réserver à son auteur la jouissance de tout ou partie des biens qui en font l'objet, ou de stipuler le service d'une rente viagère ou de prestations en nature au profit de celui-ci.

La cause ordinairement impulsive de ces sortes de dispositions chez les parents les porte assez naturellement à accorder leur préférence à la rente viagère sur la réserve d'usufruit. Le contraire — nous en avons dit précédemment la raison (n° 81) — serait plus conforme aux conseils de la prudence : de quels inconvénients, en effet, ne sont pas habituellement suivies ces sortes de constitutions viagères! quelles tristesses les retards trop souvent inséparables de leur service n'imposent-elles pas au cœur de parents placés entre les nécessités de l'existence et le désir de ménager des enfants oublieux ou ingrats! Qui n'a été le témoin de ces luttes intestines, mettant aux prises des sentiments à ménager, dévoilant des mystères et des plaies qu'il serait bon de tenir secrets, et non moins compromettants pour la moralité publique que pour la dignité paternelle elle-même!

371. — Cette réserve par l'ascendant de l'usufruit des biens compris dans son partage, ayant pour effet naturel d'ajourner l'entrée en jouissance des descendants jusqu'au décès du donateur, est bien près de se confondre avec la disposition à terme, modalité à laquelle peut être également soumis le partage entre vifs. L'une n'empêcherait pas plus que l'autre l'actualité du droit des descendants ; la réserve en question ne saurait en effet, aux termes de l'art. 949, faire obstacle au dessaisissement immédiat de l'ascendant. La prise de possession des bénéficiaires est seule retardée; ils sont immédiatement saisis de la nue propriété des biens dont la jouissance est retenue par leur auteur.

Bien différente l'espèce où l'ascendant aurait assigné à l'un de ses descendants soit des biens à venir, soit une somme à prendre sur sa succession, auquel cas ces descendants seraient sans droits actuels ni certains, et où, conséquemment, l'attribution serait nulle aux termes de l'art. 1076.

372. — La réserve d'usufruit est du nombre de ces clauses qui ne se présument pas et qui ont besoin d'une stipulation expresse, les fruits étant de leur nature inséparables de la chose qui les produit. Nous ne saurions donc adhérer à l'opinion d'un savant professeur qui a cru pouvoir induire cette réserve, chez l'ascendant, de cette seule circonstance qu'il aurait fait entrer l'universalité ou la presque totalité de ses biens dans le partage fait entre ses descendants (Dur., IX, 627). C'est assurément une grande imprudence chez un père ou chez une mère de s'en remettre ainsi d'une manière absolue à l'entière discrétion de ses enfants pour la satisfaction des premières nécessités de la vie ; mais, si grande que soit la témérité, ce n'est pas assez pour en faire dénier l'existence... L'ancienne démission de biens aussi était universelle, et il n'était jamais venu à la pensée de personne d'invoquer une réserve tacite d'usufruit au profit du démettant : de là ces doléances traduites en termes assez vifs par nos anciens auteurs touchant l'imprévoyance toujours renaissante des parents et la dureté de cœur dont la descendance ne donnait, dès ce temps-là, que trop de preuves.

La circonstance dont nous parle ici M. Duranton ne sera certainement point à négliger : en cas de doute

ou d'incertitude, elle devra être prise en sérieuse considération ; mais seule elle ne saurait suffire à créer en faveur de l'ascendant un droit de rétention aussi incompatible avec la nature des choses qu'avec les termes de la formule qui saisit les descendants.

373. — Le partage d'ascendant peut être soumis à un terme aussi bien qu'aux autres modalités dont la donation entre vifs est elle-même susceptible. Cette vérité, dont la démonstration résulte déjà en partie de ce que nous avons dit des rapports existants entre ce mode de partage et celui fait avec réserve d'usufruit, est facile à justifier.

Ce n'est pas la nécessité de *l'actualité* et de *l'irrévocabilité* du dépouillement de l'ascendant donateur qui pourrait empêcher celui-ci d'apposer un terme à son partage ; car, comme le dit Dumoulin sur l'art. 219 de la Coutume de Bourbonnais : *in donatione sunt duo, dispositio et executio : dispositio vero statim ligat, licet executio habeat tractum*. Rien dans les conditions imposées par l'art. 894 qui ne compatisse parfaitement avec cette règle de droit, sagement reproduite par l'art. 1185. La stipulation d'un terme n'empêche pas, ainsi que nous le disions au sujet de la réserve d'usufruit, le transport de l'objet donné d'être immédiat et définitif. L'exécution seule est suspendue ; l'époque assignée au terme est même indifférente : que ce soit celle de la majorité des enfants, celle de leur mariage, celle même où l'ascendant aura cessé de vivre, cela importe peu : *licet executio habeat tractum ad mortem*.

374. — Aucun doute n'est possible quand la donation-partage ne comprend que des corps certains et déterminés, meubles ou immeubles; car il est évident que ces choses font partie des biens présents. Au décès de l'ascendant, les donataires copartagés en prendront possession comme de choses qui leur sont propres. S'ils ont été aliénés ou ont péri, ceux dans les lots desquels ils avaient été placés auront, dans le premier cas, l'action en revendication contre les détenteurs; on leur appliquera, dans le second, la règle *res perit domino*. Cette première hypothèse est bien près de se confondre avec celle où la disposition a lieu avec réserve d'usufruit.

Le partage ne porte-t-il, au contraire, que sur des capitaux, ou n'embrasse-t-il que des choses fongibles? Dans ce cas encore, il sera valable, le terme fût-il renvoyé à l'époque de la mort de l'ascendant. Mais il faudra pour cela que les droits des descendants soient dès à présent et irrévocablement formés, qu'ils ne soient subordonnés à aucun événement purement dépendant de la volonté de l'ascendant et dont la réalisation en pourrait opérer la caducité. Dans ce cas, la difficulté consistera à distinguer la donation-partage dont il est ici question de la donation de biens à venir qui en est la négation (1076). La nuance qui les différencie ne sera pas toujours facile à saisir :

Un père a 100,000 fr. d'argent placé; il a quatre enfants. Il déclare leur faire le partage de cette somme, et attribuer 25,000 fr. à chacun d'eux, qui n'en pourra prendre possession qu'à sa mort. Il y a partage de

biens présents. Chaque enfant a un droit dès à présent et irrévocablement formé sur les 25,000 fr. mis dans son lot et dont les titres de créances lui ont été remis. Il en a la propriété; la rente seule est réservée à l'ascendant. Si les débiteurs de ces sommes deviennent insolvables, on appliquera à chacun la maxime que la chose périt pour son maître. Dans tous les cas, chaque enfant est, dès à présent, autorisé à faire tous les actes conservatoires des créances qui lui ont été attribuées, à requérir inscription des hypothèques destinées à en assurer la garantie, le renouvellement de celles déjà existantes. Toutes les dispositions qu'aura pu faire l'ascendant depuis la donation n'en sauraient amener l'anéantissement si les descendants ont eu soin de notifier leur titre aux débiteurs. Il y a partage, en ce cas, partage valable; et, advenant la naissance d'un nouvel enfant ou le retour d'un frère absent qu'on avait cru mort, l'opération sera à recommencer (article 1078). Le nouveau venu ne sera pas obligé de s'en tenir à l'action en réduction à l'effet d'obtenir sa réserve : il y a donation-partage, sauf l'application de l'art. 1079 au moment du décès. Ici encore le terme équivaut à la réserve des jouissances ou du quasi-usufruit.

Autre hypothèse : La chose donnée ne constitue au profit de chacun des descendants donataires qu'un *droit de créance* sur l'ascendant donateur. Celui-ci s'est borné à se reconnaître débiteur de chacun d'eux de sommes dont le paiement est ajourné à son décès. Ici se rencontrent toutes les conditions de validité de

la donation du droit commun : le droit est certain, actuel et irrévocable. Pourquoi ? « Parce que, comme nous le dit Cochin (t. IV, in-4°, p. 395), tous les biens du donateur en sont chargés, soit qu'il les ait encore à l'expiration du terme pris pour le paiement, soit qu'il en ait disposé avant. » Ce droit *ad pecuniam* est irrévocablement formé, le paiement seul est suspendu; toutes les dispositions qu'aura pu faire le donateur depuis la donation n'en sauraient amener l'anéantissement; le moyen de le réaliser aura pu seul en souffrir. Ces premiers éléments suffisent à la donation ordinaire; sont-ils également suffisants pour la donation-partage ? La Cour régulatrice résout la question par la négative.

375. — Dans une première espèce soumise à sa haute appréciation, des père et mère avaient constitué au profit de chacun de leurs quatre enfants une dot égale de 200,000 fr. en argent, payable, partie dans un an, le surplus à la convenance des donateurs, avec déclaration que ces dots seraient imputées, jusqu'à due concurrence, sur la succession du prémourant, et, pour le surplus, sur celle du survivant, sans *attribution* d'ailleurs *de biens présents*, au profit des enfants donataires. Il a été jugé que ce n'était là qu'une constitution de dot rendant les père et mère *débiteurs* des sommes promises, et non point un partage opérant dessaisissement de tout ou partie de leurs biens, « attendu, dit l'arrêt, que, pour qu'il y ait *partage*, dans les termes des art. 1075 et 1076, et modération du droit d'enregistrement, dans ceux de l'art. 3 de la loi du

16 juin 1824, il faut qu'il y ait *attribution* aux enfants des *biens présents* des père et mère, tellement que les enfants et descendants *soient et demeurent saisis* de ces biens par l'effet de l'acte, au moins quant à la nue propriété, dans le cas où les père et mère s'en seraient réservé l'usufruit » (Cass., civ., 5 avril 1852; Dall., LII, I, 108; Devil., LII, I, 360; comp. Cass., 10 déc. 1855; Dall., LVI, I, 163; jug. du trib. d'Angoulême, 20 avril 1857; Dall., LVII, III, 56).

D'accord sur le principe, nous ne saurions admettre les conséquences qu'en tire ici la Cour suprême. Que *l'attribution* aux enfants *des biens présents* des père et mère soit nécessaire pour la validité de la donation-partage, c'est ce que personne ne saurait mettre en doute; qu'il faille que les enfants et descendants *soient et demeurent saisis* de ces biens par l'effet de l'acte, au moins quant à la nue propriété, dans le cas où les père et mère s'en seraient réservé l'usufruit, c'est ce que nous avons établi nous-même. Nous allons même plus loin : nous exigeons que la répartition des choses attribuées soit *réelle et effective*. Mais nous soutenons que toutes et chacune de ces conditions essentielles de la donation-partage se rencontrent dans l'espèce de l'arrêt de la Cour régulatrice.

Nous reconnaîtrons volontiers, avec l'un de ses annotateurs, qu'*engager* ses biens, de la part d'ascendant, ce n'est pas les *partager*; que si, nonobstant l'engagement qu'il a pris vis-à-vis de chacun de ses enfants, il n'est dessaisi de rien; que si tout ce qu'il possédait, il le possède encore; que si, débiteur de ses enfants,

il pouvait encore donner et vendre comme avant de s'engager, la matière manquerait à la donation-partage, aussi bien qu'elle manquerait à la donation du droit commun. Mais telle n'est pas la situation. L'ascendant a, comme le disait Cochin, créé sur ses biens une charge qui affecte ceux-ci, soit qu'il les ait encore à l'expiration du terme pris pour le paiement, soit qu'il en ait disposé avant. A partir de la donation, chaque donataire devient créancier comme un autre; il n'est pas seulement saisi du droit *ad pecuniam* qui lui est individuellement concédé par la répartition qui s'est opérée, il a une action pour en obtenir la réalisation, action dès à présent acquise, certaine, et que rien ne peut lui ravir.

Objecterait-on que l'ascendant sera toujours libre de paralyser l'exécution de la donation-partage en dissipant son bien, en réduisant ainsi à néant le droit de chaque descendant, et en lui enlevant jusqu'à la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice causé par le mépris de la foi promise? Sans portée en ce qui touche la donation ordinaire, l'objection ne conclut pas davantage en ce qui regarde le partage entre vifs. Nous répondons, pour celui-ci aussi bien que pour celle-là, que l'impossibilité d'exécuter une obligation ne reflue pas sur sa formation, et n'empêche pas qu'elle ait pu être valablement stipulée; que si la disposition est mise au néant, c'est, *en fait*, et non point *en droit*, deux choses essentiellement différentes; que si, matériellement, le partage est révoqué, juridiquement parlant il subsiste encore. En fait, chaque copartagé

pourra être privé de son émolument; mais, en droit, sa créance existe, et cela suffit.

L'anéantissement de la disposition n'est d'ailleurs point, autant qu'on le pourrait supposer, à la discrétion de l'ascendant : si celui-ci cherchait à soustraire ses biens à l'exécution des engagements par lui souscrits, chaque donataire copartagé, nonobstant le délai stipulé pour le paiement, trouverait dans la loi (art. 1188 C. civ. et 444 C. com.) la possibilité de se soustraire au bénéfice du terme.

376. — Nous croyons pouvoir conclure avec M. Demolombe que les objections que l'on élève ici contre la validité du partage d'ascendant ne sont autres que celles qui ont été élevées d'une manière plus générale contre toute donation entre vifs à terme; que sans fondement contre la seconde, elles ne concluent pas davantage contre le premier.

377. — Supposons, en dernier lieu, que l'ascendant ait déclaré attribuer, à titre de partage, à chacun de ses quatre enfants 25,000 fr. *à prendre sur sa succession ou sur les biens qu'il possédera à son décès*. Vainement il aura parlé de partage, de donation-partage. Il n'aura fait qu'une disposition nulle, qui ne vaudra pas plus à titre de partage (1076) qu'elle ne vaudrait comme donation ordinaire (943). Ce qu'il a fait, c'est une donation de biens *à venir*, nulle en principe, et ne pouvant être validée qu'à la condition d'être insérée dans un contrat de mariage (947-1082). C'est une donation de biens à venir : pourquoi ? Nous empruntons encore la réponse à Cochin : « parce que, tout le droit des do-

nataires étant limité aux biens que laissera le donateur à son décès, celui-ci reste maître de disposer pendant sa vie de tout ce qui lui appartient. Il est aussi libre de vendre, engager, hypothéquer pendant sa vie, que s'il n'avait pas précédemment donné» (*l. c.*).

Dans ce cas, disons-nous, la disposition ne portant que sur des biens à venir, serait nulle comme donation ordinaire; elle ne saurait valoir en tant que donation-partage. Dans l'hypothèse où nous avons raisonné d'abord, la disposition n'ayant, au contraire, pour objet que des biens présents, serait valable comme donation du droit commun; elle vaut également comme donation-partage.

378. — Si l'*actualité* du dessaisissement de l'ascendant qui est dans les nécessités du partage entre vifs peut compatir avec le partage à terme, elle se peut également concilier avec le partage conditionnel. La raison le proclame, et aucun auteur ne l'a encore mis en doute. Cette vérité résulte manifestement, d'ailleurs, de la combinaison de notre art. 1076 avec les art. 900 et 944 du Code portant, le premier, que les conditions *impossibles* ou *contraires aux lois ou aux mœurs* sont réputées non écrites dans toutes dispositions entre vifs, le second, que toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la *seule* volonté du donateur est nulle. Repousser ces conditions-là, c'est bien manifestement admettre les autres.

L'ascendant a donc toute liberté de soumettre son partage entre vifs à telle condition suspensive ou réso-

lutoire que bon lui semble. La loi ne fait exception que pour celles qui seraient *physiquement* ou *moralement* impossibles, lesquelles seraient réputées non écrites, et pour celles qui laisseraient le sort de la disposition à l'entière discrétion de l'ascendant, et en entraîneraient la nullité, comme contraires à la règle fondamentale : *donner et retenir ne vaut*. Ici encore, la règle de Dumoulin trouve son application : *In donatione sunt duo : dispositio et executio*; *dispositio vero statim ligat, nec suspenditur*. Si l'événement pris comme condition suspensive, vient à ne pas se réaliser, le partage est caduc, c'est-à-dire que, par le résultat, il n'aura jamais existé. Il est, au contraire, mis au néant et réputé, par le résultat de l'effet rétroactif, n'avoir jamais eu lieu, si la condition résolutoire vient à s'accomplir. Ce n'est pas du fait de l'ascendant qu'en ce cas procède la résolution, c'est de celui de la réalisation de la condition. Le partage est si bien parfait et irrévocable en soi, dès le moment de l'acte, sous la réserve de l'accomplissement de la condition suspensive ou de l'inaccomplissement de la condition résolutoire, qu'en cas de décès de tous ou de quelques-uns seulement des descendants avant l'accomplissement ou le non-accomplissement de la condition, leurs droits passent à leurs héritiers (1179).

379. — La difficulté ne consiste pas ici à poser les règles ; c'est dans leur application qu'elle gît tout entière. Il n'est pas toujours aisé, en effet, de discerner les conditions casuelles ou mixtes de celles qui, dépendant entièrement de la volonté du disposant, en-

traînent la nullité de l'opération, ou de celles qui, par application de la maxime *vitiantur sed non vitiant*, y sont simplement réputées non écrites.

Ces dernières sont, aux termes de l'art. 900 de notre Code, les conditions impossibles, *quæ per rerum naturam admitti non possunt* (Paul, *Sent.*, lib. III, tit. IV *bis*, § 1), et celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, et qui, par cela même, sont encore réputées impossibles, suivant la belle pensée de Papinien : *Nam quæ lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et contra bonos mores fiunt, nec facere nec posse credendum* (L. 15, ff. *de condit. instit.*).

Dans les donations et testaments, et, conséquemment, dans les partages d'ascendants, ces conditions-là sont réputées non écrites (900). Dans les contrats à titre onéreux, elles entraînent la nullité de la convention même qui en dépend. Ainsi le veut la raison, ainsi l'exige le grand principe de l'indivisibilité du contrat, dont chaque clause est censée avoir déterminé le concours des deux volontés sur l'ensemble de la convention. La loi ne voit dans l'apposition de pareille condition qu'un jeu ridicule ou un acte de folie, écartant jusqu'à la pensée d'un engagement sérieux : *Aut jocari aut insanire videntur; priore casu pacisci noluisse, posteriore non potuisse censentur*. Ces principes, textuellement reproduits par l'art. 1172, étaient ceux de la loi romaine (LL. 35, § 1 ; 137, § 6, ff. *de verb. obl.*; 185, ff. *de reg. jur.*; Inst., *de inut. stipul.*, § 2).

380. — Il y aurait beaucoup à dire ici au sujet de la dérogation apportée à ces règles en matière de dona-

tions et de testaments. Nous nous bornerons à renvoyer à la critique que nous en avons faite ailleurs (*Disp. par cont. de mar.*, I, n[os] 137 et suiv.).

381. — Nous commencerons par faire remarquer, au sujet de l'art. 900, que l'expression *condition* qu'il emploie ne saurait se borner à la signification étroite qu'elle reçoit de l'art. 1168, pour ne s'appliquer qu'au cas restreint d'un événement *futur* et *incertain;* que cet article embrasse également le cas où la disposition a été faite sous la forme d'une *charge* positive et n'ayant rien d'hypothétique. Il faut bien reconnaître, en effet, que l'*incertitude*, ce principal élément de la condition proprement dite, manque absolument aux conditions *impossibles* placées sur le même plan que les conditions illicites. Ce que l'art. 900 répute non écrit, c'est, comme le disait la loi des 5-12 septembre 1791, qui lui a servi de type, *toute clause* qui aurait pour objet une chose moralement ou physiquement impossible. Si cette loi se trouve privée de la vertu qui s'attache à un texte vivant, elle n'en reste pas moins comme le commentaire le plus sûr de l'article 900 ; cet article s'est effectivement borné à reproduire avec plus d'extension encore l'esprit de cette loi sous une dénomination différente à laquelle le Code attache lui-même dans quelques autres de ses dispositions le sens que nous lui assignons ici (953, 954, 530).

382. — Aux tribunaux l'appréciation des cas où il y a immoralité de la condition et où, par voie de conséquence, l'accomplissement n'en saurait être exigé des donataires. Les clauses et conditions *impossibles* ou

contraires aux lois se reconnaîtront le plus souvent à des signes certains. Il n'est pas toujours aussi facile de se mettre d'accord au sujet des conditions illicites ou *contraires aux bonnes mœurs*.

De nombreuses controverses ont eu lieu au sujet de ces sortes de conditions. Les recueils de l'ancienne comme de la nouvelle jurisprudence fourmillent de décisions en tous sens. Nous bornerons notre examen à quelques-unes des espèces dont l'application peut être plus spéciale à notre matière.

383. — Une première vérité à établir, c'est que l'article 900 se doit combiner avec l'art. 6 de notre Code. Il doit être bien entendu, en effet, qu'il ne s'agit dans le premier que des lois d'*ordre public*. Quant à celles qui ne règlent que des intérêts privés, il est toujours permis d'y déroger : *Privatorum pactis juri publico derogari non potest*.

Supposons un père mettant pour condition au partage qu'il souscrit à ses enfants l'obligation pour ceux-ci de renoncer en faveur de tiers, d'enfants d'un premier lit de leur mère, à la succession maternelle déjà ouverte. Rien que de licite dans cette condition. Son maintien ne saurait être douteux. Il ne s'agit ici que d'un droit simplement pécuniaire, auquel on peut renoncer sans violer la loi. C'est bien de celle-ci que ce droit procède; mais on y peut renoncer tout aussi bien qu'à une créance qui aurait son fondement dans un contrat.

Il en serait autrement si la stipulation portait *sur la succession future* de la mère, si le père imposait à ses

enfants la renonciation à l'hérédité de leur mère encore vivante. C'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de Paris, le 19 décembre 1852 (Dall., LIII, II, 96). On remarquera en effet que, dans l'espèce, la stipulation portait *sur une succession future.* C'est le motif qui a influencé la Cour, et ses appréciations nous semblent à l'abri de toute critique. « Considérant, dit l'arrêt, que la veuve Toutée, en prescrivant à la femme Chantemille (comme condition de sa libéralité) de disposer de tous ses biens en faveur des enfants Charvy, a fait évidemment une stipulation sur *la succession future* de sa nièce ; que si cette dernière eût accepté sans réserve la donation, si elle se fût soumise à la condition, elle aurait, par cela même, contracté l'engagement de faire un testament conforme à la volonté de sa tante, c'est-à-dire qu'elle aurait cédé sa succession en échange de l'avantage qu'elle retirait de la donation ; en sorte qu'alors il serait intervenu un véritable traité sur la succession de la femme Chantemille, traité formellement prohibé par l'art. 1130 du Code civil, même pour le cas où celui de la succession duquel il s'agit y aurait donné son consentement. »

384. — Les clauses de la nature de celle dont il est ici parlé pourraient aussi, suivant les cas, être considérées comme irritantes et entraîner la nullité de la disposition tout entière, comme conduisant à une substitution prohibée, si l'on y pouvait apercevoir la charge de conserver et de rendre (req., 5 mars 1851 ; civ. 20 janv. 1852 ; Dall., LI, I, 104; LII, I, 48).

385. — Quel sera le sort de la condition par laquelle

l'ascendant limiterait les droits du mari de l'une de ses filles sur les biens immeubles par lui placés dans le lot de celle-ci ? serait-il loisible à cet ascendant de modifier la condition légale que les biens partagés devraient avoir, d'après le droit commun, entre les mains de ses gendres ? Pour ne parler d'abord que du cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté, l'ascendant pourrait-il stipuler que la femme aura l'administration des biens à elle attribués par le partage, ou le droit d'en percevoir les revenus sur ses seules quittances ?

Nous répondons par une distinction entre la quotité disponible et la portion réservée du patrimoine objet du partage : « Si la loi, nous dit un arrêt de la Cour de Paris du 27 janvier 1835, interdit, après la célébration du mariage, aux tiers aussi bien qu'aux époux, toute modification au régime conventionnel ou légal adopté par ces derniers, cette prohibition doit être restreinte aux objets à l'égard desquels les époux ont entendu stipuler, c'est-à-dire aux biens devant *nécessairement* former une partie de leur fortune présente ou future. Au nombre de ces biens viennent se placer les *réserves* des époux dans les successions à échoir de leurs ascendants, puisque la réserve est pour les époux un droit certain, quoique d'une quotité éventuelle, et constitue, de la part des ascendants, *une dette à l'acquittement de laquelle ils ne peuvent imposer aucune condition ;* mais il en est autrement de la *portion disponible*, dont la donation, étrangère aux prévisions du contrat de mariage, peut être soumise à

telles conditions qu'il plaît au donateur d'imposer » (Dall., *R.*, *A.*, v° *Cont. de mar.*, n° 786).

La doctrine de cet arrêt nous paraît irréprochable. « L'usufruit des biens formant le montant de la réserve de la femme, avait déjà dit Proudhon (*usuf.*, n° 286), appartient au mari, parce que, la femme tenant cette réserve des mains de la loi plutôt que de celles de l'ascendant donateur, il n'est pas au pouvoir de celui-ci de la soumettre à des conditions qui la puissent soustraire au droit commun. » Ces considérations sont péremptoires. Objecterait-on que la réserve n'étant due qu'à l'héritier, elle ne saurait être rétorquée contre la femme héritière par son mari? nous répondrions que c'est perdre de vue que les biens de la femme n'arrivent pas au mari exempts de charges; que le contrat de mariage l'autorisait à compter sur la réserve due à celle-ci par son ascendant; que cette réserve n'a été pour lui que la représentation des sacrifices ou des charges dont il a consenti à assumer la responsabilité, *ad onera matrimonii sustinenda*.

Constituée débitrice de son mari de valeurs correspondantes au montant de sa réserve, la femme ne pourrait, sans manquer à la bonne foi qui doit présider aux relations réciproques entre époux, renoncer à cette réserve contre le vœu et les intérêts du mari; et nous n'hésiterions pas à faire à celui-ci application de l'art. 788, autorisant les *créanciers* de l'héritier renonçant à accepter la succession jusqu'à concurrence de leurs créances. L'ascendant ne pourra donc pas plus soustraire à l'action du mari la portion du

lot de sa fille correspondant à la réserve de celle-ci, qu'il ne la pourrait soustraire à l'action de ses créanciers.

La solution contraire n'est pas plus difficile à justifier, en ce qui touche la portion des biens disponible aux mains de l'ascendant donateur. Ce serait, en effet, faire une fausse application de la règle qui prohibe, pendant le mariage, les changements aux conventions matrimoniales que d'interdire à un tiers, à l'ascendant donateur ou testateur, de régler autrement que ne le fait la loi ou le contrat de mariage les droits respectifs des époux sur les biens attribués à la femme. Cette prohibition n'a eu d'autre but que de favoriser la sécurité des tiers et de mettre obstacle à ce que l'un des époux abusât de son ascendant pour améliorer sa condition aux dépens de l'autre. En quoi la condition stipulée par le disposant pourra-t-elle préjudicier ici soit au mari, soit aux tiers? Aux tiers! est-ce que la libéralité ne leur offre pas une garantie de plus? Le mari! s'il se croit intéressé à ce que la femme n'ait aucune administration personnelle, il aura toujours le moyen de s'y opposer: il lui suffira pour cela de refuser son consentement à l'acceptation, et si ses motifs sont légitimes, il n'aura pas à craindre que la justice en agisse autrement que lui.

La loi, d'ailleurs, ne nous offre-t-elle pas elle-même des exemples de la faculté concédée au donateur de déroger au droit commun en ce qui concerne l'association conjugale? est-ce que l'art. 1401 ne l'autorise pas à exclure le mobilier donné de la communauté?

est-ce qu'à l'inverse, l'art. 1405 ne lui permet pas d'attribuer à la communauté les immeubles donnés, qui, de droit commun, doivent demeurer propres au donataire? Le motif du législateur est aisé à comprendre : il a considéré qu'il était de l'intérêt des deux époux de recevoir sous condition plutôt que de ne pas recevoir du tout.

C'est à cette interprétation, conforme à un texte de la loi prussienne, que se sont arrêtées la majorité des auteurs et la jurisprudence. « Les père et mère qui voudront donner une partie de leurs propres biens à des conjoints, porte l'art. 276 du Code prussien, *sont autorisés à fixer les conditions* sous lesquelles les conjoints les posséderont et en jouiront. » — « L'administration et l'usufruit des biens personnels de la femme appartiennent au mari, ajoute l'art. 287, *à moins que le donateur ne l'ait ordonné autrement d'une manière expresse.* »

386. — Ce que décide la jurisprudence pour le régime de la communauté légale et conventionnelle, elle le décide également pour le régime dotal : ainsi, serait également valable, avec la distinction précédemment établie entre la réserve et la quotité disponible, la donation-partage faite à la femme dotale avec la clause que le mari ne pourra jouir des biens donnés et que les revenus de ces biens profiteront en entier à la femme, laquelle en pourra disposer pour ses besoins personnels. Pareille condition n'a rien de contraire, ni à la puissance maritale, ni au régime dotal (Caen, 6 janv. 1840; Dall., v[is] *Cont. de mar.*, n° 3372).

387.— Une question plus délicate est celle de savoir si, dans le partage entre vifs qu'ils font de leurs biens entre leurs enfants communs, des père et mère peuvent valablement imposer pour condition à ceux-ci de renoncer à toute action en révocation à raison de l'aliénation faite par le père des biens dotaux de la mère, et dont il se trouve garant.

La difficulté naît de ce que pareille condition semble avoir pour objet un fait que la loi prohibe, à savoir la renonciation à un droit dépendant d'une succession non ouverte; d'où il serait permis d'induire qu'elle doit être réputée non écrite (900-1130) et laisser toute liberté à l'action des enfants après la mort de leur mère.

Telle n'est cependant point la conclusion à laquelle s'est arrêtée la jurisprudence. La question a deux aspects en effet, et ce n'est pas sous celui de la renonciation à un droit dépendant d'une succession future qu'il convient de l'envisager ici, mais bien sous celui de la garantie due par le père aux tiers détenteurs des biens par lui aliénés. Or, la loi qui gouverne le régime dotal, que les époux étaient libres d'adopter ou de répudier à son principe, n'est pas de celles qui tiennent aujourd'hui à des considérations d'ordre public. Nous ne sommes plus sous l'empire de la maxime : *reipublicæ interest mulierum dotes esse salvas*... Donc, en acceptant la condition qui leur est ici imposée par leur père, celle de le garantir contre tout recours de ses acheteurs en cas d'éviction provenant de leur fait, les enfants ne sacrifient qu'un droit de créance ordi-

naire, un droit *ad pecuniam*, auquel ils ont toute liberté de renoncer. Ce n'est donc point, à proprement parler, d'une renonciation à un droit dépendant d'une future succession qu'il s'agit ici, mais d'une garantie que le père réclame de ses enfants en échange et comme condition des biens dont il se dépouille, dès à présent, en leur faveur. Cette condition n'est autre chose que l'obligation *dès à présent* contractée d'exécuter, au lieu et place de leur père, les engagements que celui-ci avait pris à l'égard des détenteurs des biens de sa femme, et rien de si naturel que, « réunissant dans leurs mains, et *par anticipation*, tous les immeubles de leur père et de leur *mère*, ils confondent également les actions que l'*un* des donateurs pouvait avoir contre l'autre pour des causes antérieures au contrat » (Rouen, 22 mai 1839; Dall., XL, II, 44).

388. — Une clause fort usitée dans le partage testamentaire est celle par laquelle, à l'effet d'en mieux assurer l'exécution, le père de famille réduit à leur réserve ceux des copartagés qui méconnaîtront sa volonté, et dispose de la quotité disponible en faveur de ceux qui s'en montreront les respectueux observateurs.

La valeur de pareille condition dépendant de la distinction précédemment établie entre les infractions aux lois d'ordre public et celles qui ne blessent que des lois d'intérêt privé, la question ne saurait se poser, en thèse de droit, devant les tribunaux chargés de l'apprécier. Elle ne consiste, le plus souvent, qu'à rechercher si la disposition qui s'impose au respect des

descendants est, ou non, contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; si elle n'est entachée que de l'un de ces vices dont il est facultatif aux intéressés de la relever, ou si, au contraire, celui dont elle est affectée, se plaçant au-dessus des intérêts privés du copartageant, donne ouverture à l'un de ces moyens de nullité au sujet desquels toute transaction lui est interdite.

Obligatoire dans le premier cas, la clause ne saurait l'être dans le second, et serait réputée non écrite.

389. — La jurisprudence nous fournit de nombreuses applications de cette distinction; quelques-unes ont déjà fait l'objet de notre examen sous les numéros précédents. Nous y avons, avec la Cour de Paris, reconnu la validité de la condition imposée à des copartagés de renoncer à une succession ouverte. (V. aussi Cass., 16 août 1843; Dev., XLIII, I, 874). Même solution en ce qui touche celle de faire à un tiers la remise d'une obligation par lui contractée.

Nous plaçons sur la même ligne, celle d'exonérer l'ascendant ou sa succession d'un compte de tutelle (Aix, 8 août 1833, et sur pourvoi 24 déc. 1834; Dall., XXXV, I, 79); celle qui ferait défense à l'un des copartagés d'aliéner son lot avant l'expiration d'un délai déterminé, si ce délai se renfermait dans des limites étroites — cinq ans par exemple — ou avant sa majorité, si l'époque en était rapprochée; celle, *à fortiori*, qui se bornerait à apporter des entraves à l'aliénation de ce lot, soit en la soumettant à des conditions particulières, en ne l'autorisant qu'au profit de certaines

personnes, ou en la prohibant à l'égard de quelques autres nommément désignées, soit en obligeant le copartagé à offrir la préférence de la disposition qu'il s'en proposerait à l'un de ses cohéritiers, ou à échanger les biens qui en font l'objet contre l'un des lots attribués à ceux-ci (Limoges, 1er juil. 1840; Dall., *l. c.*, n° 180); celle enfin de respecter le partage dans lequel l'ascendant ne se serait pas borné à comprendre ses biens personnels, où il aurait également fait entrer ceux provenant aux copartagés de la succession de leur mère décédée (req. 1er mars 1830 et 1er mars 1831; Dall., *l. c.*, n° 187).

390. — Rien de moins *illicite*, dans le sens que nous devons attacher ici à cette expression, que les clauses que nous venons d'énumérer. Elles peuvent même avoir leur moralité; tendre (particulièrement dans notre dernière espèce) à prévenir des critiques irréfléchies ou mal fondées, et qui, dans un but peu avouable, pourraient avoir pour résultat de troubler l'harmonie que le testateur s'était proposé d'introduire dans ses allotissements.

Il arrivera le plus souvent, sans doute, que le copartagé ne conservera sa part du disponible qu'au prix d'un sacrifice ou d'une gêne plus ou moins considérable. Qu'importe! c'est la condition que l'ascendant a mise à sa disposition, et rien en cela qui répugne à la morale ou à l'ordre public : on n'y saurait voir qu'une option laissée aux copartageants, qu'une alternative dont les deux termes ne touchent qu'à l'intérêt privé des enfants, et susceptible, par cela même,

de servir de base à une transaction. Le testateur avait le droit de les réduire ouvertement à leur réserve ; il a été autorisé à apposer telles charges qu'il a jugé convenables à l'attribution du disponible, à la condition de ne blesser que des intérêts privés. Il a pu faire par voie indirecte, et conditionnellement, ce qu'il était autorisé à faire directement et sans condition.

Cette doctrine, qui était celle de Ricard, de Renusson, de Furgole dans l'ancien droit, ne pouvait manquer de trouver accueil chez nos auteurs modernes et dans la jurisprudence des Cours.

391. — Celle-ci n'admet même pas d'exception en faveur de la minorité, dans le cas où la mère aurait confondu dans son partage les biens paternels avec ceux qui lui sont propres (Besançon, 16 fév. 1846; Dall., XLVII, II, 127). Rien de plus juridique. « On ne voit pas de motifs plausibles, disait avec raison le tribunal de Lons-le-Saulnier dans le jugement qui a motivé l'examen de la Cour de Besançon, pour refuser à un donateur la faculté de faire les mêmes dispositions au profit de ses enfants mineurs qu'au profit de ceux qui sont majeurs. » Il y aura cependant cette différence entre les uns et les autres, que les premiers conserveront leur droit d'option jusqu'à leur majorité, seule époque où commencera pour eux la nécessité de faire cette option.

392. — Nous ne faisons qu'une réserve au sujet de la proposition précédente : nous réduisons les effets de la clause pénale au disponible afférent aux biens

du testateur ; le seul dont l'art. 1021 lui laisse la disposition.

393. — Nous n'hésiterions pas davantage à valider la clause pénale en question, dans le cas de lésion, si celle-ci ne tenait qu'à l'inégalité *de nature* des biens compris dans les allotissements. La transaction qu'aurait pour but d'imposer ici la clause litigieuse serait assurément fort licite. On ne saurait soutenir raisonnablement, en effet, que l'obligation d'allotir *autant que possible* les copartageants avec des biens de même nature tienne à l'essence même de l'opération, et qu'il soit interdit aux intéressés de s'en affranchir. Pareille supposition recevrait un démenti de l'art. 819 du Code civil, donnant tout pouvoir aux héritiers majeurs et maîtres de leurs droits de composer leurs lots suivant leurs convenances, sans s'astreindre au respect de l'art. 832. (Comp. req. 27 nov. 1867 ; Car. et Gilb., LXVIII, I, 65.)

La lésion procède-t-elle, au contraire, de l'inégalité *de valeur*, la solution change : c'est que l'infraction, en ce cas, n'intéresse plus seulement la nature, mais *l'essence même* du partage, et tient à l'ordre public. Si donc le partage contenait une lésion de plus du quart, la clause pénale qui aurait pour but d'en prévenir la rescision devrait être réputée sans valeur. Rien n'empêcherait l'enfant lésé de plus du quart de pactiser, après l'ouverture de la succession, au sujet de cette lésion, de renoncer au bénéfice de l'action réparatrice que lui concède l'art. 1079. On n'en saurait conclure qu'il soit permis à l'ascendant

de lui imposer pareil sacrifice au moyen d'une clause pénale; le respect de l'égalité de valeur est, en effet, de ceux qui s'imposent à sa disposition comme une règle essentielle.

394. — A plus forte raison en devrait-il être ainsi décidé si le partage portait atteinte à la réserve de quelques-uns des copartagés. La loi qui réprime ces sortes d'infractions tenant à la base même de la famille, à l'obligation pour son chef d'assurer l'existence de ceux à qui il a donné l'être, nul ne la pourrait enfreindre impunément. La clause qui nous occupe, ne tendant qu'à imposer indirectement à l'enfant une transaction contraire à la loi et à la morale resterait absolument dépourvue d'effet à son égard, et devrait être réputée non écrite. Ici se reproduit, avec plus de force encore, l'observation faite au sujet de la lésion : la faculté pour l'enfant de renoncer à sa réserve, après l'ouverture de l'hérédité qui l'a réalisée à son profit, ne saurait autoriser l'ascendant à lui imposer pareille renonciation.

On objecterait vainement que cette privation conditionnelle de la quotité disponible se borne à créer, à l'héritier réservataire, une option à faire entre l'exécution du partage et la limitation de son allotissement à la réserve. Pareille option ne pourrait lui être imposée qu'autant que les deux termes de l'alternative qui lui est offerte, à savoir, le respect de la disposition et la perte de sa part du disponible, seraient également exempts de vices tenant à l'ordre public. C'est ce qu'ont formellement consacré deux arrêts de rejet de la chambre civile de la Cour régulatrice des 18 jan-

vier 1858 et 14 mars 1866 (Dall., LVIII, I, 24; LXVI, I, 173) et un arrêt de *cassation* de la même chambre du 9 décembre 1862 (Dall., LXIII, I, 36).

M. Dalloz ne nous a pas laissé l'initiative de cette observation que, si le système contraire qu'avait consacré la Cour de Dijon par l'arrêt qui a motivé la cassation du 9 décembre 1862 pouvait prévaloir, il ne serait rien moins que destructif du droit de poursuivre, malgré toute clause pénale, la nullité des dispositions illicites d'un testament, puisqu'il serait toujours permis de soutenir que ce testament confère à celui contre lequel la clause pénale est dirigée l'option entre l'exécution de ses dispositions et la pénalité qui leur sert de sanction.

Concluons que, si l'ascendant a le droit de priver l'un de ses réservataires de la quotité disponible, il lui est interdit de lui donner le choix entre cette exhérédation partielle et une disposition restrictive de sa réserve. Cette seconde branche de l'alternative étant illicite, elle est elle-même réputée inexistante, soit comme legs d'option, soit comme clause pénale protectrice d'une volonté testamentaire contraire à la loi.

395. — Ce que nous disons de la lésion de plus du quart, de l'atteinte à la réserve, nous l'appliquons à la nullité fondée sur un vice de forme dans le testament de l'ascendant. Celui-ci ne saurait, par aucune condition ni clause pénale, paralyser dans les mains des copartagés l'action en nullité pour pareille cause.

Nous l'appliquons sans plus d'hésitations à la nullité pour captation ou suggestion (Cass., 27 mars 1855;

Dall., LV, I, 257; V. aussi les motifs de l'arrêt du 22 déc. 1845; Dall., XLVI, I, 5).

396. — Nous en savons assez maintenant pour résoudre la question de savoir ce qu'il adviendrait de la défense générale faite par le testateur à ses enfants d'attaquer son partage sous peine de privation de leur quotité disponible, pour redresser l'erreur dans laquelle étaient tombées les Cours de Poitiers (22 juin 1824, affaire Roumieux; Devil., XXV, II, 59), de Paris (25 juin 1841, affaire Monnier; Dall., XLVI, I, 5), en jugeant que pareille défense ou condition devait toujours être réputée non écrite, par ce motif que, «le droit pour tout citoyen de recourir à la justice, à l'effet d'en obtenir la réformation d'un acte qui peut lui porter préjudice étant d'ordre public, il ne peut lui être ravi sans son consentement.»

Ou bien le reproche adressé à l'acte intéresse l'ordre public, ou bien il ne touche qu'à des intérêts privés. Dans le dernier cas, la condition est licite, et la peine est encourue par le fait de la demande en réparation du préjudice souffert. Dans le premier au contraire, la clause étant illicite, le poursuivant échappera à la pénalité *s'il triomphe dans son action,* c'est-à-dire s'il rapporte la preuve de son allégation.

Il n'y a donc, à vrai dire, entre les deux situations que cette différence, que, dans l'une, la pénalité est encourue *de plano* par le seul fait de l'attaque; que, dans l'autre, elle ne le sera qu'*en cas d'insuccès de la poursuite,* qu'autant qu'il sera établi que le copartagé élève une réclamation dénuée de fondement, en ce que sa

part dans la réserve est intacte; que l'ascendant n'a sanctionné qu'une loi juste (Cass., 22 déc. 1845, précédemment cité).

Il suit de là que si, dans la première hypothèse, il n'y a pas à se préoccuper du sort de la poursuite, il en est autrement dans la seconde; que la pénalité n'étant, dans ce dernier cas, encourue par l'héritier qu'autant qu'il échoue dans sa démonstration, il faut attendre le résultat; que, subordonnée au jugement à intervenir sur l'action à raison de laquelle la clause pénale est invoquée, l'application n'en saurait être immédiate; que, le bien ou mal fondé des réclamations dont cette clause est l'objet ne pouvant résulter que d'une expertise, un sursis est nécessaire.

L'injustice dont la poursuite aura fourni la preuve pourra n'avoir pas été dans les intentions de l'ascendant : il a pu payer tribut à l'erreur. La supposition tire du jugement le caractère de la certitude légale. On a l'assurance, désormais, que loin de l'auteur de la disposition a été la pensée d'infliger une punition ou un blâme à l'enfant qui, pour échapper à ses conséquences, rapporterait la preuve de son erreur; l'hypothèse implique, en effet, qu'il a entendu n'attacher la pénalité qu'à la témérité de l'attaque.

397. — Un dernier point reste à résoudre : étant admis que la disposition qu'elle protége est exempte de vice intéressant l'ordre public, la clause pénale sera-t-elle *nécessairement* encourue? ne serait-il pas plus équitable et plus juridique de reconnaître aux tribunaux, par appréciation souveraine de volonté,

que le mobile de l'attaque dirigée contre l'œuvre du testateur avait échappé aux prévisions de celui-ci et que, étranger à toute pensée d'insubordination ou de mépris des sentiments qui l'ont inspiré, ce mobile échappe à la pénalité? La question n'est pas sans difficulté.

Elle naît, pour nous, de la façon dont nos vieux auteurs nous ont parlé de la clause en question, et de la distinction qui sert de fondement à la théorie moderne. « La condition a-t-elle un mauvais motif, dit Furgole, a-t-elle pour fondement un fait prohibé par la loi ou contraire aux bonnes mœurs? il faut la rejeter sans balancer. Mais, au contraire, a-t-elle un motif juste, raisonnable ou un fait qui n'a rien de contraire aux lois ni aux mœurs? *il faut l'exécuter* et lui faire opérer *tout* l'effet que le testateur y a attaché, et *de la manière qu'il l'a ordonné.* » Ce langage se prête peu aux tempéraments : il semble en résulter obligation, pour le juge, d'appliquer la pénalité sans plus d'hésitation que n'en met l'auteur à la rejeter dans l'hypothèse contraire.

398. — Nous ne nous en rangeons pas moins à l'opinion contraire, à l'appui de laquelle nous pouvons invoquer les motifs de l'arrêt de la chambre civile de la Cour suprême du 22 décembre 1845. S'il ne juge pas la question, cet arrêt nous paraît l'avoir au moins préjugée en faisant clairement entendre comment il l'aurait résolue si elle lui avait été posée. Cette décision motive la cassation qu'elle prononce de celle de la Cour de Paris du 25 juin 1841 (arrêt Mounier), sur

cette considération que l'arrêt attaqué, *au lieu de se fonder sur une interprétation de volonté du testateur,* s'est déterminé par le motif unique et absolu que tout citoyen a le droit...; qu'en statuant ainsi, l'arrêt a fait *aux circonstances de la cause une fausse application de la loi.*

Au lieu de prétendre que le mobile de son attaque avait échappé aux prévisions de l'auteur de la clause pénale, de soutenir *par interprétation de la volonté de celui-ci* que cette clause ne lui pouvait être appliquée, le réclamant s'était retranché derrière cette considération, admise par l'arrêt attaqué, que « le droit pour tout citoyen de recourir à la justice à l'effet d'en obtenir la réformation d'un acte qui lui porte préjudice étant d'*ordre public*, il ne peut lui être ravi. » C'est ce motif, dont tout à l'heure nous avons fait ressortir l'inanité, que repousse à bon droit la Cour régulatrice, en laissant supposer qu'il eût été plus juridique de motiver la décision *sur l'interprétation de volonté du testateur.*

Nous le croyons ainsi. En défendant d'attaquer son partage, alors d'ailleurs que ses dispositions n'ont rien de contraire aux lois, le testateur use d'un droit, sans doute ; mais pourquoi sa volonté serait-elle, en ce point, moins sujette à interprétation que les autres parties de son testament? d'où naîtrait donc pour le juge l'interdiction de rechercher ce qu'il a *voulu* par ses défenses ; quels en sont le sens et l'étendue ; de constater, s'il en croit trouver la preuve dans les circonstances de l'acte, que les contestations du réclamant

prennent leur source dans un sentiment honnête et équitable, sans disputer en aucune façon au père de famille le droit dont il a usé?

Dans l'espèce de l'arrêt de 1845, la critique portant sur des faits de captation et de suggestion, comment aurait-on pu refuser au juge la faculté de déclarer que, dans la pensée du testateur, ce n'était pas à une réclamation de cette espèce que s'appliquait la clause pénale?

« Cette doctrine, dit excellemment M. Dalloz (observations sur l'arrêt de 1845), concilie les prérogatives du testateur, tout en abaissant le rempart derrière lequel la fraude viendrait s'abriter, s'il suffisait que le testateur eût inséré une clause pénale pour que ses successibles ne pussent se plaindre d'une exclusion qui a été arrachée à sa faiblesse. »

La chambre des requêtes avait déjà jugé, le 24 décembre 1834 (Dall., XXXV, I, 79), que, par interprétation de volonté, il avait pu être décidé que, l'attaque dirigée contre le testament n'ayant pas eu lieu, *en fait*, au mépris des intentions du testateur, elle échappait à la pénalité testamentaire. Nous reconnaîtrons volontiers que cette décision perd de son autorité à raison des circonstances; qu'on pourrait n'y apercevoir qu'un arrêt d'espèce: la testatrice avait déclaré ne révoquer « la disposition faite au profit de ses petits-fils qu'en cas où, *au mépris de ses intentions*, il y serait porté atteinte. » La Cour régulatrice a conclu de là qu'on avait été autorisé à décider, *en fait*, par l'arrêt attaqué, que la critique avait cédé à un mobile honnête.

Remarquons cependant que le motif textuellement

assigné ici à la défense de la testatrice se trouve virtuellement écrit dans toutes les pénalités testamentaires. Le testateur n'a pu avoir d'autre objet, en effet, que d'éviter à ses héritiers préférés des contestations injustes, et à lui-même des récriminations injurieuses pour sa mémoire.

399. — Dans une espèce qui s'est récemment présentée devant ma Chambre, et dont une fin de non-recevoir a dû faire ajourner la solution, c'était un petit-fils qui, en dépit de la pénalité dont il est ici parlé, attaquait le partage testamentaire de son aïeule pour *lésion de plus du quart*, tout en protestant de son respect pour la mémoire de celle-ci, pour l'esprit de justice qui l'avait inspirée, pour l'*égalité même* qui, *reconnaissait-il aussi*, *avait présidé au partage au moment de sa confection*. Se fondant sur des circonstances particulières et de force majeure qui, depuis ce moment — il s'était écoulé seize années de la confection du testament à son ouverture — avaient rompu cette égalité dans des proportions considérables, il concluait d'une part à la réfection du partage, et d'autre part à l'inexécution de la clause pénale.

Des marais salants formaient le lot qui lui était attribué conjointement avec son frère, et ces marais par suite de changements survenus dans la législation économique, avaient, disait-il, perdu moitié de leur valeur, tandis que, par le cours du temps, les immeubles d'une autre nature placés dans les lots de ses oncles avaient acquis, au moment du décès de la mère de famille, une valeur supérieure à celle qu'ils avaient

à l'époque du partage. Il ajoutait encore, à l'appui de ces doubles conclusions, que si la testatrice, âgée de quatre-vingts ans au moment du testament — elle en avait quatre-vingt-seize au moment de sa mort — avait été en position de se rendre un compte exact des différences alléguées, elle n'aurait pas manqué de les effacer.

La preuve de la lésion, dans la mesure où elle est exigée par les art. 887 et 1079, ne résultât-elle pas clairement de l'expertise, qu'en semblable occurrence on pourrait encore hésiter à faire au réclamant l'application de la pénalité testamentaire, et décider que le mobile de sa critique est resté en dehors des prévisions de la testatrice. Il est évident qu'en pareille rencontre les circonstances exerceront la plus grande influence sur la décision du litige. Là n'est pas la difficulté : elle réside tout entière dans la question de principe. Or, tout en reconnaissant qu'on ne doit pas se départir facilement des termes de la clause, nous maintenons que, si elle opère de plein droit quand elle n'affecte que des intérêts privés, elle n'opère pas nécessairement pour cela. (Comp. Amiens, 13 août 1846; Dall., XLVII, I, 256.)

400. — La règle posée par l'art. 900 de notre Code n'est pas si absolue qu'elle ne comporte certaines exceptions rentrant dans le principe plus général établi en matière de contrats.

Ainsi, la condition imposée par l'ascendant à l'un des donataires copartagés de conserver la chose comprise dans son lot pour la rendre, à sa mort, à un tiers

est bien contraire à la loi prohibitive des substitutions. Cependant l'art. 896 ne se borne pas à en prononcer la nullité. Il va plus loin : par dérogation à l'art. 900 et par confirmation du principe consacré par l'art. 1172, il annule la disposition dans son entier.

Ainsi encore, le législateur ne se borne pas à écarter comme *contraire à la loi*, qui veut l'irrévocabilité de la donation-partage, la condition potestative de la part de l'ascendant donateur : il prononce la nullité de la disposition tout entière (944).

401. — La clause de réversibilité sur la tête du survivant des père et mère de la réserve d'usufruit par eux stipulée sur les biens dont ils font le partage entre leurs enfants nous est précédemment apparue (nº 276) avec le caractère de la donation mutuelle, tombant sous la prohibition de l'art. 1097 de notre Code. Il reste à nous fixer ici sur la conséquence de l'annulation de cette clause, à déterminer l'influence qu'elle peut avoir sur le sort de la réserve d'usufruit envisagée isolément, et même sur celui du partage dont elle est l'accessoire.

L'arrêt de la Cour d'Amiens du 10 novembre 1853, que nous avons précédemment mentionné (Dall., LIV, II, 92), ne borne pas les effets de l'annulation de la clause en question à la réserve d'usufruit ; il l'étend à l'acte même de partage, par la raison que cet acte forme un tout dont les dispositions ne souffrent pas de division, dont l'une a été manifestement la condition de l'autre. L'arrêt de la chambre des requêtes du 26 mars 1855, au contraire, que nous avons égale-

ment cité au n° 276, maintient la disposition principale ainsi que la réserve d'usufruit, en se bornant à effacer la clause de *réversibilité*, par application de l'art. 900 (Dall., LV, I, 63).

Nous serions porté à ne voir, avec M. Réquier, dans ce dernier arrêt qu'une décision d'espèce. Nous notons, dans tous les cas, qu'il n'a pas statué en matière de partage : il ne s'agissait que d'une simple donation d'immeubles faite par un père et une mère à un enfant unique. La suppression de la clause de réversibilité ne changeait rien à l'économie de l'acte. L'usufruit réservé au survivant se trouvait tout simplement réduit aux biens propres à celui-ci.

Supposons qu'au lieu de cela il s'agisse, comme dans l'hypothèse de l'arrêt d'Amiens, de père et mère qui ont confondu en une masse unique leurs biens pour en faire la division entre leurs enfants. Qu'arrivera-t-il si l'on se borne à effacer la clause de *réversibilité* au profit du conjoint survivant? Il arrivera si, suivant ce qui se pratique le plus habituellement — le partage conjonctif n'a pas d'autre but — les biens paternels et maternels ne sont pas répartis également dans tous les lots, il arrivera nécessairement qu'au décès du premier mourant des deux donateurs, l'égalité du partage sera complétement détruite : à ce moment en effet, les lots composés de biens provenant du chef du prédécédé se trouveront affranchis de toutes charges, tandis que l'usufruit réservé continuera de grever ceux composés de biens ayant appartenu au survivant.

La clause de réversibilité devra donc toujours, hors

le cas bien exceptionnel où les biens provenant de l'estoc du père et de celui de la mère ont été répartis également dans chacun des lots, être considérée comme une condition essentielle de l'égalité du partage, comme mêlée à ses dispositions, ainsi que le dit très-bien la Cour d'Amiens, à ce point, ou que la faculté de révocation appartenant à chaque époux (1096) est enchaînée par la nécessité de conserver cet acte dans son ensemble, ou que, si cette faculté était exercée, elle mettrait en question sa validité par suite du retranchement de l'une de ses conditions déterminantes.

D'où nous concluons que, dans le plus grand nombre des cas, l'annulation de la clause en question devra emporter celle de l'acte tout entier auquel elle se trouvera liée d'une façon indivisible.

402. — *Partage testamentaire.* — Nous n'avons encore envisagé le partage d'ascendant, au point de vue des règles de sa formation, qu'en tant qu'il emporte dépouillement actuel du disposant. La loi nous dit que s'il convient à celui-ci d'en ajourner les effets au temps où il aura cessé de vivre, il y aurait pour lui nécessité de le soumettre aux formes ordinaires des testaments (1076).

N'est-ce pas énoncer clairement que l'ascendant aura l'option entre les trois formes admises en pareille matière, entre celles des testaments olographes, mystiques ou publics, sans pouvoir rien retrancher aux solennités particulières à celui de ces trois modes qui aura fixé sa préférence?

403. — Œuvre de la seule volonté du testateur, il

est à peine besoin de mentionner que le partage dont il vient d'être parlé ne comporte, en aucune façon, l'intervention des descendants. Rien, cependant, ne s'opposerait à ce qu'il fût donné à ceux-ci communication des dispositions qu'il contient. Il arrive même fréquemment que ces sortes d'actes se font d'un commun accord entre le père, la mère et les enfants, dont les convenances ne sauraient être prises que fort utilement en considération par le chef de famille. Si le procédé n'a rien d'obligatoire, il a l'avantage d'offrir une garantie de plus du maintien de la bonne harmonie entre les membres des familles unies, contre lesquels il ne saurait élever de fin de non-recevoir en cas de poursuite en nullité de l'opération. Nous serions même assez disposé à ne voir qu'une superfétation plutôt qu'une cause de nullité dans l'apposition de la signature de l'un des descendants au bas du partage fait en la forme olographe, s'il était d'ailleurs écrit, daté et signé par l'ascendant.

404. — Nous avons vu précédemment qu'en abrogeant l'usage des testaments conjonctifs, l'art. 77 de l'ordonnance de 1735 avait fait exception en faveur de ceux par lesquels deux époux auraient fait le partage de leurs biens entre leurs descendants. L'art. 968 du Code civil s'étant borné à reproduire la règle prohibitive sans tenir compte de la dérogation qu'y avait apportée l'ordonnance, nous ne saurions hésiter à en proclamer l'abrogation. Telle est la doctrine presque universellement admise.

405. — Des auteurs ont blâmé l'innovation. Nous

ne saurions nous associer à leurs critiques. Sans nier absolument les inconvénients qu'entraîne ce changement, nous sommes bien plus touchés de ceux qu'il prévient. Il se pourrait qu'il y eût utilité, à raison même de la composition des deux patrimoines, de les soumettre à un partage unique, de former certains lots de biens pris dans un seul. Pour les biens de communauté, ce sera pis encore : nous reconnaissons que le partage testamentaire en sera absolument impossible, puisqu'il ne pourrait porter que sur la moitié afférente à chacun des communistes, et que la détermination de cette moitié ne pourra résulter que du partage de la communauté même. Ces inconvénients sont graves assurément; mais combien ne sont pas plus considérables encore ceux attachés au système ancien! De deux choses l'une, en effet : ou bien la faculté de révocation de l'un des testateurs demeure subordonnée au consentement de l'autre, comme le jugeait le parlement de Paris, et alors le testament se trouve atteint dans son essence même; ou bien au contraire chacun, conservant l'indépendance de son droit de révocation, comme on en décidait au parlement de Grenoble, reste maître du sort du testament tout entier, de détruire l'économie du partage et d'anéantir par le seul fait de sa volonté les dispositions de son conjoint. Advienne le décès de l'un des testateurs, l'incertitude ne fait que s'accroître : les effets de la disposition de celui qui n'est plus ne restent pas seulement en suspens, leur sort dépendra du changement de volonté de celui qui survit : autant

d'entraves qui justifient le législateur moderne et l'application de l'art. 968 à notre matière.

406. —L'art. 968 résout-il une question de capacité, suivant le sentiment de M. Bertauld (*l. c.*, n° 197), ou ne pose-t-il qu'une règle de forme, ainsi que l'estime Marcadé sur l'art. 968, et que cela semble résulter de l'exposé des motifs (Fenet, XII, p. 553)? De la solution de cette première question dépendra celle de savoir si, voyageant dans un pays dont les lois permettraient les testaments conjonctifs, des père et mère pourraient faire leur partage dans cette forme, sous la protection de la maxime : *locus regit actum*. Nous inclinons vers le premier avis, et à ne voir dans notre article qu'un statut personnel.

FIN DU TOME PREMIER.